

UNIVERSIDAD DE CORDOBA
FACULTAD DE MEDICINA
CATEDRA DE MEDICINA LEGAL



RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MEDICA.
ANALISIS DEL PROBLEMA A TRAVES DE ENCUESTAS
A COLEGIOS OFICIALES DE MEDICOS Y DE ABOGADOS.

TESIS DOCTORAL

ANGEL HERNANDEZ GIL
CORDOBA 2002



Cátedra de Medicina Legal

Facultad de Medicina

Universidad de Córdoba

Avda. Menéndez Pidal s/n
14071 Córdoba – Spain

☎ 957 – 21 82 79
fax 957 - 21 82 29
e-mail ft1lalo@uco.es

Emilia Lachica López, Profesora Titular de Medicina Legal y Forense de la Universidad de Córdoba,

CERTIFICA: Que el trabajo de investigación que se expone en la presente Tesis: *“Malpraxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a Colegios Oficiales de Médicos y Abogados”*, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Farmacología y Toxicología de la Universidad de Córdoba por el Licenciado en Medicina y Cirugía **Don Ángel Hernández Gil**, y corresponde fielmente a los datos y resultados obtenidos.

Una vez redactada ha sido revisada por mí y la encuentro conforme para que sea presentada ante el Tribunal que en su día se designe para aspirar al Grado de Doctor.

Y para que conste, en cumplimiento de las disposiciones vigentes, expido el presente en Córdoba a veintiocho de mayo de dos mil dos.



Cátedra de Medicina Legal

Facultad de Medicina

Universidad de Córdoba

Avda. Menéndez Pidal s/n
14071 Córdoba – Spain

☎ 957 – 21 82 79
fax 957 - 21 82 29
e-mail ft1lloe@uco.es

José Hernández Moreno, Doctor en Medicina y Cirugía,

CERTIFICA: Que el trabajo de investigación que se expone en la presente Tesis: *“Malpraxis médica. Análisis del problema a través de encuestas a Colegios Oficiales de Médicos y Abogados”*, ha sido realizado bajo mi dirección en el Departamento de Farmacología y Toxicología de la Universidad de Córdoba por el Licenciado en Medicina y Cirugía **Don Ángel Hernández Gil**, y corresponde fielmente a los datos y resultados obtenidos.

Una vez redactada ha sido revisada por mí y la encuentro conforme para que sea presentada ante el Tribunal que en su día se designe para aspirar al Grado de Doctor.

Y para que conste, en cumplimiento de las disposiciones vigentes, expido el presente en Córdoba a veintiocho de mayo de dos mil dos.

A mis padres

A mis hermanos

A mis abuelos y a toda mi familia

**Y cómo no, a los que rellenan mi libro azul,
a mi mujer, Trini, y a todos los que vengan después**

AGRADECIMIENTOS:

En la realización de un trabajo de las características del presente, hacer mención pormenorizada de todas las personas que han apoyado o colaborado en la realización del mismo, es siempre una tarea arriesgada por la probabilidad de olvidos involuntarios que si llegara a cometer desde aquí ruego me disculpen. No obstante, quiero expresar mi enorme felicidad al finalizar esta labor de investigación dando muestras de gratitud a las siguientes personas:

Al Doctor José Hernández Moreno, que con sus ideas, conocimientos y dedicación hasta límites insospechables, ha sido fundamental y determinante en la elaboración no sólo de esta Tesis sino en todo el desarrollo de mi vida profesional y personal. Con una capacidad de trabajo e ilusión envidiables ha sido para mi siempre punto de referencia, no sólo en el terreno asistencial y académico, impulsor infatigable de mis estudios, culminando en la preparación con gran éxito de las oposiciones al Cuerpo de Médicos Forenses y en la realización de esta Tesis Doctoral, sino también en el desarrollo de mi personalidad. Y todo ello sin esperar nada a cambio, como cualquier padre hace con sus hijos. Con el orgullo de tenerte como director, preparador, profesor, amigo y padre, muchas gracias por tu inagotable ayuda.

A la Profesora y Doctora Emilia Lachica López, por la excelente dirección y orientación de esta investigación científica, quien con una cordialidad, paciencia y amabilidad extremas, ha mostrado apoyo y facilidades constantes para su ejecución, propiciando siempre como tónica constante en su quehacer, la realización de estudios de este tipo y de todo lo que sea labor docente e investigadora.

A los Colegios Oficiales de Médicos y Abogados de toda España, quienes cumplieron la encuesta enviada y resultaron indispensables en la realización de esta investigación, al aportar los criterios existentes en estos Organos Colegiados respecto a la responsabilidad profesional sanitaria, básicos para nuestro estudio.

A todas las personas que colaboraron en hacer efectiva la remisión y cumplimentación de la encuesta a los citados Colegios, especialmente a mis hermanos Jose Miguel, Maluca, Jesús y Javier, a mis tíos Manuel Gil y Angel Hernández, a Manuel Barrón, Antonio Escribano, a mis cuñados Inés y Jose, sin olvidar a muchos compañeros de promoción del Cuerpo de Médicos Forenses, y entre ellos, especialmente, a Antonio Hidalgo.

A Juan Luque, Profesor de Bioestadística de la Facultad de Medicina de la Universidad de Córdoba, quien prestó ayuda en la elaboración e interpretación de los datos estadísticos obtenidos en el estudio realizado, al igual que el Departamento de Informática de la Facultad de Medicina de la Universidad de Las Palmas, en el que su secretaria, Yaiza, acabó temiéndome más que a un miura. Al hacer referencia al mundo de la informática, no puedo dejar de agradecer la colaboración prestada por mi amigo Gabriel Escribano, mi “maestro del ordenador”, quien con una paciencia a prueba de bombas resolvió cuantas dudas y problemas fueron surgiendo con la brillantez y lucidez mental que le caracterizan.

A cuantas personas han profundizado en el estudio de la tan difícil y controvertida materia de la responsabilidad profesional sanitaria, con especial agradecimiento tanto al Diario Médico (Gil, Esteban, Asensi, López Agundez...), con quien he compartido muchas madrugadas en el de ordenador (alimentando el insomnio de mi mujer, para su desgracia), como a la Clínica Forense de Las Palmas

de Gran Canaria (Guillermo Oliver, Carlos López de Lamela, María Jose Meilán) donde desarrollé tareas periciales en este campo.

A determinados compañeros de mi ejercicio profesional con los que me une una gran amistad y, que si bien no colaboraron de manera directa en la confección de esta Tesis, si posibilitaron que pudiera compaginar mi actividad laboral con la académica e investigadora. Es por ello, que expreso mi gratitud a los Magistrados Antonio Mateo, Juan González, al lobo de mar Jose Luis Portugal, así como a los forenses Charitina Díez y Angel Diéguez, sabio entre sabios, conversador delicioso y amigo de una sola vez, y a mi enorme amiga Esperanza Durán, todos ellos muy culpables de la añoranza diaria al archipiélago canario.

A mi más que amigo, y compañero inseparable de andanzas, Chema Cabrera, y a su padre Jose María Cabrera, quienes fueron piezas clave en que mi carrera universitaria cursada en la ciudad de Córdoba se convirtiera en una etapa llena de buenos e inolvidables recuerdos, salpicados de una auténtica “pesadilla” de cañas, ferias, monterías, toros, partidas de mus, peroles y demás.

Quiero subrayar mi especial gratitud y dedicatoria a la persona que sin duda alguna más quebraderos de cabeza he dado, y, a pesar de ello, siempre estuvo ahí para echarme un capotazo cuando lo necesité. Ha sido vital y determinante en mi educación y formación como persona y con el amor y el cariño especial que cualquier hijo tiene hacia su madre, así le dedico yo este trabajo a la mía.

Dedicación también especial a cada uno de mis hermanos, quienes me han prestado siempre cuanta ayuda haya podido necesitar y con los que cada día me siento más unido y ligado a ellos. Palabras de gratitud que también extiendo a toda mi familia, con especial dedicación a mis abuelos, que tanto recuerdo y que fueron un ejemplo de ilusión y capacidad de trabajo difíciles de igualar.

Y finalmente, me sabe a poco el mostrar un simple agradecimiento a mi mujer, Trini, por la colaboración prestada en este trabajo. No sólo ha ayudado, de modo admirable, directamente en la realización de esta Tesis (contabilización de resultados, confección de tablas estadísticas, numerosas gestiones administrativas e informáticas, revisión de sentencias judiciales -251-, revisión, confección y búsqueda de citas bibliográficas -202- y de normativas legales -53-, compañía de viajes por media España entregando en mano la encuesta, etc.) sino que también supo estimularme cuando lo necesité, y, del mismo modo, comprender y soportar la actitud ciertamente egoísta, más o menos justificada, del doctorando que se encuentra al final del camino y sólo encuentra tiempo para finalizar su trabajo. Si a todo ello le añadimos que sufrió estoicamente la preparación de oposiciones al cuerpo de médicos-forenses (con el agravante de tener a mi padre como preparador), que es capaz de aguantarme en el día a día, y que en unos meses compartiré con ella la paternidad, creo que está muy claro que le debo todo y más.

Muchas gracias por toda vuestra colaboración. Va por Ustedes.

NOTA PREVIA

Durante el tiempo de realización de esta Memoria Doctoral, los siguientes trabajos, extraídos de la misma, han sido expuestos a la comunidad científica por medio de las siguientes publicaciones y comunicaciones:

Hernández Moreno, J., Hernández Gil, A. y Hernández Gil, ML. “Malpraxis Médica. Conceptos personales y consideraciones sobre su problemática”. Cuadernos de Medicina Forense, 1999; 4: 48-55.

Hernández Moreno, J., Hernández Gil, A. y Hernández Gil, ML. “Responsabilidad por Malpraxis Médica: La Vía Extrajudicial”. Cuadernos de Medicina Forense, 2002; 28: 7-24.

Aganzo, E., Hernández Moreno, J., Hernández Gil, A. “Responsabilidad Profesional Sanitaria”. Andújar, 10 de Diciembre de 1997.

Mateo Santos, A., Hernández Moreno, J. y Hernández Gil, A. “El Nuevo Código Penal y su Repercusión en la Práctica Médica”. Ubeda, 26 de Febrero de 1998.

INDICE.

ANEXO.

Abreviaturas.

I. JUSTIFICACION

II. INTRODUCCION

II. 1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MEDICA.

II.1.1. Malpraxis Médica.

II.1.1.1. Concepto.

II.1.1.2. La Lex Artis.

II.1.1.3. La Culpa Médica.

Deber de información.

Deber de competencia profesional.

Deber de asistencia.

II.1.2. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

II.1.2.1. Concepto.

II.1.2.2. Tipos: subjetiva y objetiva.

II.1.2.2.1. Responsabilidad Civil.

Contractual.

Extracontractual.

Doctrinas Jurisprudenciales.

II.1.2.2.2. Responsabilidad Penal.

Requisitos de la imprudencia.

Infracciones Penales.

Imprudencia Profesional.

II.1.2.2.3. Responsabilidad Administrativa.

II.1.2.2.4. Responsabilidad Social.

II.1.2.2.5. Responsabilidad Constitucional.

II. 2. CAUSAS DE RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MEDICA.

II. 2.1. Factores Generales.

II. 2.2. Causas Nucleares:

II.2.2.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

II.2.2.2. INFORMACION TERAPEUTICA.

II.2.2.3. HISTORIA CLINICA.

II.2.2.4. SECRETO MEDICO.

II.2.2.5. EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA. INTRUSISMO.

II.2.2.6. INOBSERVANCIA DE PROTOCOLOS.

II.2.2.7. MEDICINA EN EQUIPO.

II.2.2.8. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO.

II.2.2.9. ADECUACION Y USO DE MEDIOS TECNICOS.

II.2.2.10. MEDICINA DE URGENCIA.

II.2.2.11. LISTAS DE ESPERA.

II. 3. CONSECUENCIAS DE LA MALPRAXIS.

II. 3.1. Consecuencias Médicas.

II. 3.2. Consecuencias Jurídicas.

Cambio de línea jurisprudencial.

II. 4. SOLUCIONES.

II. 4.1. MEDIDAS PREVENTIVAS.

II.4.1.1. Praxis Correcta.

II.4.1.2. Seguro de Responsabilidad Civil.

Introducción General.

Contenido del Seguro.

El Seguro ante la Jurisprudencia.

II. 4.2. MEDIDAS RESOLUTIVAS.

II.4.2.1. La Vía Judicial.

II.4.2.2. La Vía Extrajudicial.

MEDIACION.

CONCILIACION.

ARBITRAJE.

II. 5. LA PERICIA MEDICA.

II. 5.1. Concepto y Función de los Peritos.

II. 5.2. Valoración de la Prueba Pericial.

II. 5.3. Fases:

II. 5.3.1. Valoración de la actuación profesional.

II. 5.3.2. Valoración de la relación de causalidad.

II. 5.3.3. Valoración del daño.

III. OBJETIVOS Y PLAN DE TRABAJO.

IV. MATERIAL Y METODOS.

V. RESULTADOS.

VI. DISCUSION.

VII. CONCLUSIONES.

VIII. BIBLIOGRAFIA.

VIII. 1. AUTORES.

VIII. 2. NORMATIVA.

VIII. 3. SENTENCIAS.

ANEXO

ABREVIATURAS

AMA	American Medical Association
art.	artículo
ADEPA	Asociación del Defensor del Paciente
C.E.	Constitución Española
C.E.D.M.	Código de Ética y Deontología Médica
C.C.	Código Civil
C.G.P.J.	Consejo General del Poder Judicial
C.O.	Colegio Oficial
C.O.A.	Colegio Oficial de Abogados
C.O.M.	Colegio Oficial de Médicos
C.P.	Código Penal
C.O.M.B.	Colegio Oficial Médicos de Barcelona
D.	Decreto
DUE o ATS	Diplomados Universitarios de Enfermería
DM	Diario Médico
EE.UU.	Estados Unidos
Excmo.	Excelentísimo
L.C.S.	Ley del Contrato de Seguro
L.E.C.	Ley de Enjuiciamiento Civil
L.E.Cr.	Ley de Enjuiciamiento Criminal
L.G.S.	Ley General de Sanidad
LJCA	Ley Jurisdicción Contencioso Administrativa
L.O.	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJAE	Ley Régimen Jurídico Administración Estado
NS	No hay diferencias estadísticamente significativas en las opiniones expresadas por los dos colectivos
OM	Orden Ministerial
OMS	Organización Mundial de la Salud
RJAPPAC	Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
RD	Real Decreto
S.	Sentencia
S.A.Prov.	Sentencia Audiencia Provincial
S.T.C. o SS.T.C.	Sentencia Tribunal Constitucional (s)
S.T.S. o SS.T.S.	Sentencia Tribunal Supremo (s)
T.C.	Tribunal Constitucional
Tít.	Título
T.S.	Tribunal Supremo
UCI	Unidad de Cuidados Intensivos

I. JUSTIFICACION.-

Es bien conocido tanto en el mundo de la Medicina como en el del Derecho y, en general, en la sociedad actual, el problema de la malpraxis médica y la importancia del mismo, por razones que trataremos de analizar y que ocupan gran espacio en el trabajo diario del ejercicio de la medicina forense.

La razón nuclear del problema reside en la existencia y confrontación, a veces, de dos factores de extraordinaria entidad e importancia: por una parte, el bien protegido, que no es nada menos que la salud o la vida y, por otra, la inseguridad jurídica del médico, que está obligado a ejercer una profesión con el margen de error de las ciencias biológicas, con la consiguiente responsabilidad en los casos de respuesta distinta a la esperada o previsible.

En efecto, actualmente la salud no se considera una suerte, sino un derecho, y al médico se le contempla como un técnico y no como un mago, su imagen ha sido deteriorada y, en consecuencia, su credibilidad. Se ha pasado de la antigua "sacralización" del médico a sentarlo en el banquillo de los acusados, a veces como cabeza de turco frente a la frustración de lo que no se puede solucionar, concretamente la enfermedad y la muerte (GALVÁN SAEZ, 1997). FORNES RUIZ (1994) alude al estado de alarma que reina entre los sanitarios por el gran número de demandas que pesan sobre ellos, así como las caprichosas, desiguales y arbitrarias cuantías indemnizatorias y, en tal sentido, manifiesta su preocupación por la inseguridad jurídica en que actúan al faltar normas concretas y específicas que enmarquen la responsabilidad jurídica por las negligencias médicas.

La legislación concreta al respecto es un tanto indefinida y pobre, y los problemas que se suscitan tienen su norma legal en una jurisprudencia copiosa, pero muy variable según los distintos órganos jurisdiccionales y, por tanto, con criterios no uniformes que conducen a una escasa seguridad jurídica. No obstante, al lado de los que reclaman una legislación más concreta (LAFARGA I TRAVER 1999), hay juristas de gran categoría, como DE ANGEL YAGUEZ (2000) que consideran en absoluto innecesaria una regulación específica de la responsabilidad médica, pues creen que con ella sólo se lograría instaurar un sistema mucho más rígido y pesado que el general. Realmente, al existir una disociación jurídico sanitaria, no puede pretenderse un sistema rígido de responsabilidad que, al no tener en cuenta esta realidad, imponga al profesional sanitario una continua incertidumbre legal (ABARCA CIDÓN 2000). Es claro, por lo demás, que la calidad de la atención médica no se puede cuantificar, y el empleo de técnicas para intentarlo puede reducir las posibilidades de ofrecer un cuidado médico de alta calidad, por lo que someter a los médicos a este control de calidad parece que tiene más inconvenientes que ventajas (CASALINO 1999).

El acto médico causante del daño sobre el que la Administración de Justicia debe pronunciarse asienta, por una parte, en los más esenciales bienes humanos: la vida, la integridad física y mental y el derecho a la salud, cuya importancia y transcendencia es obvia y por ello no precisan más comentarios. Pero ello no debe implicar el olvido de otros bienes que, aún secundarios a los citados, son asimismo muy importantes, tales como la posición y el prestigio de quienes por su profesión y conocimientos tienen encomendado el cuidado de esos derechos.

“La crítica no permite mancillar la competencia profesional de un médico, y advertir en un medio público contra un médico lesiona su honor”, así se manifestaba en una sentencia la Audiencia Provincial de Murcia (5/2000), declarando que la

difusión de una denuncia de malpraxis médica en un programa radiofónico, remitido por el familiar descontento de una paciente, que desacredita a un facultativo, puede ser considerado como atentatorio al derecho al honor e intromisión ilegítima en el mismo, pues aunque el honor profesional queda fuera de los derechos fundamentales, según el Supremo, en ocasiones las críticas traspasan este límite. No obstante, el médico se encuentra bastante desprotegido en este aspecto y, de hecho, cualquier información crítica sobre un médico no se considera una injerencia en el honor de estos profesionales. La Sala Civil del Tribunal Supremo -T.S.- (Diario Médico -DM- 14/6/99) declaraba que *“la información sobre negligencias médicas no atenta contra el honor siempre y cuando sea veraz y de interés público”*. Esta sentencia tiene mucho valor porque estudiaba por segunda vez un caso que afectaba al mundo sanitario y se convertía en doctrina jurisprudencial aplicable por todas las Audiencias Provinciales (DM 10/9/98). Según estas sentencias del Supremo, una crítica desconsiderada e inoportuna acerca de los profesionales médicos que intervienen en una asistencia sanitaria, no es motivo suficiente para la censura de una información de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, si lo comunicado es veraz y tiene un interés social y está desprovisto de un ánimo de menospreciar. Además, esta doctrina es la misma que ha enunciado en una reciente sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (DM de 9/5/2000).

Otras sentencias del Tribunal Supremo, en cambio, no siguen el mismo criterio, entendiendo que *“es posible la vulneración del derecho al honor cuando el ataque al prestigio profesional sea de tal magnitud que integre una transgresión del honor”* (Sentencia del Tribunal Supremo -S.T.S.- 25/3/93). En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao, de fecha 21/12/1999, que entiende que la demanda infundada al médico lesiona su honor

profesional, fundamentándose en S.T.C. 223/1992 de 14 de Diciembre que rotundamente afirma *“que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegido y protegido constitucionalmente del derecho al honor”*. E igual línea se siguió en S.T.S. de 13/02/1997, con ponente a MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, que tras confirmar sentencia de la Audiencia de Madrid que absolvía a tres médicos, impuso las costas al demandante por temeridad al mantener acusaciones infundadas, aduciendo que *“el demandante no podía ignorar la injusticia de lo pretendido”*.

El honor, protegido constitucionalmente como derecho fundamental por el art.18.1 de la Constitución Española -C.E.- y desarrollado por la citada Ley 1/82, está recogido como derecho de la personalidad en su aspecto negativo de intromisión ilegítima en el art. 7.7 de esta última (en la actualidad modificada en 1995) que habla de la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena, lo que no es otra cosa que el atentado a la dignidad de una persona en el aspecto objetivo o externo y en el ámbito subjetivo o interno (Sentencia de Audiencia Provincial -S.A.Prov.- de Madrid de 8/5/97). El Tribunal Constitucional, por su parte, en sentencia 223/1992 de 14/12 (290/93) rotundamente afirma que el prestigio profesional *“ha de reputarse incluido en el núcleo protegido constitucionalmente del derecho del honor”*.

El hecho real es que progresivamente aumenta la crítica al quehacer médico y, asimismo, la frecuencia y exigencias de las reclamaciones por supuestas deficiencias en el mismo, y se va imponiendo una judicialización creciente del ejercicio de la actividad sanitaria.

La evaluación estadística global del problema es realmente difícil, dada la situación de tránsito hacia la transferencia parcial de la sanidad a las distintas

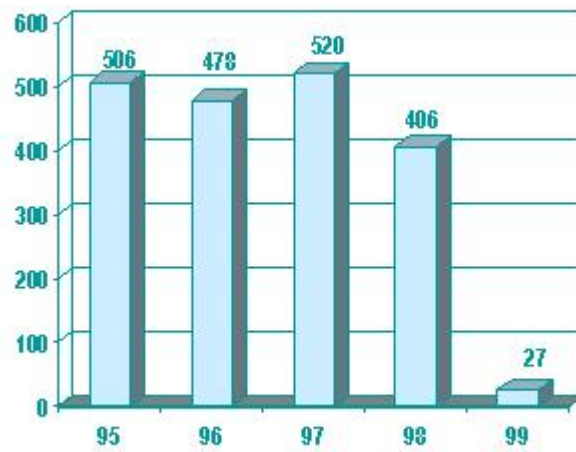
Autonomías que, como se sabe, motiva diferencias en los criterios de medición, en la rigurosidad de aplicación de los mismos, en la veracidad de los datos que se facilitan y, en fin, en poder tener una idea global del problema a nivel nacional.

De hecho, al efectuar este trabajo, intentamos en principio por todos los medios conocer unos datos muy simples y concretos en las distintas provincias durante los últimos cinco años (número de casos de denuncias por malpraxis, número de casos que han prosperado, especialidades afectadas con más frecuencia) y nos ha sido imposible conseguirlo, pues tales datos no han sido facilitados ni por un sólo Colegio encuestado, ni de Médicos ni de Abogados.

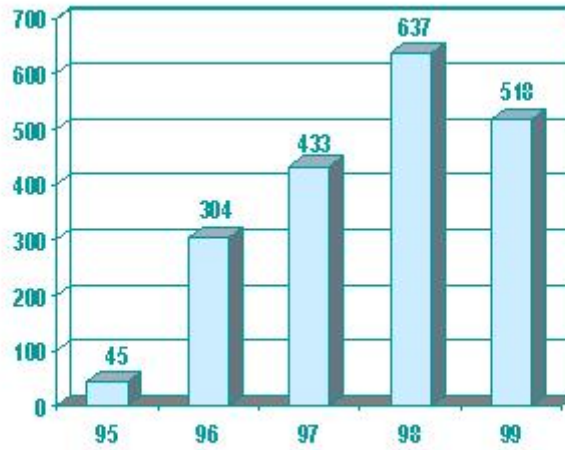
Los estudios estadísticos que se comunican en la literatura son muy parciales y en modo alguno dan una perspectiva fiable del problema. No obstante, haremos referencia a algunas de estas comunicaciones que nos han parecido más interesantes.

Así, en un estudio realizado por la Subdirección Sanitaria del INSALUD (institución que abarca el mayor número de afiliados, aproximadamente un tercio de la Sanidad Pública española) de expedientes abiertos por reclamaciones (judiciales o administrativas, solicitando compensación económica al INSALUD) realizadas entre enero de 1995 y 30 de septiembre de 1999, una Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil formada por personal del INSALUD, la empresa aseguradora y la correduría de seguros, llega a las siguientes conclusiones: señalan expedientes por año de siniestro (1995: 506 expedientes; 1996: 478 expedientes; 1997: 520 expedientes; 1998: 406 expedientes; 1999: 27 expedientes); y expedientes por año de reclamación (1995: 45 expedientes; 1996: 34 expedientes; 1997: 433 expedientes; 1998: 637 expedientes; y 1999: 518 expedientes).

Se estiman entre 4 y 6 años el período de descubrimiento de la mayoría de los siniestros (y correspondiente reclamación) con el pico máximo al año del siniestro.



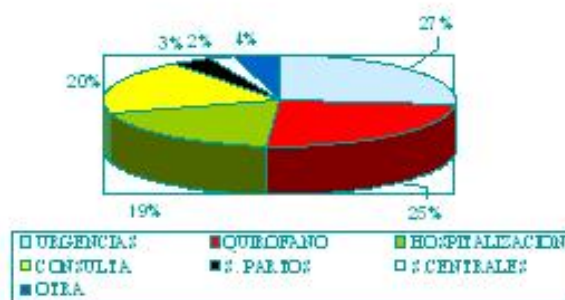
Gráfica 1. Expedientes por año de siniestro.
(GUIRAO -b- 1999).



Gráfica 2. Expedientes por año de reclamación.
(GUIRAO -b- 1999).

Respecto a la situación de los expedientes, un 53% fueron rehusados, un 12% se encontraban pendientes de resolución judicial, un 16% ya indemnizados y un 19% pendientes o en curso.

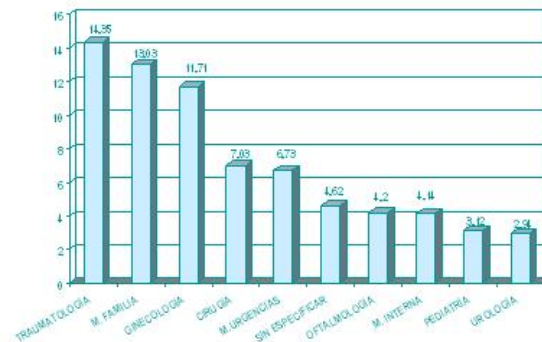
El 85% de los siniestros se producen en el hospital, un 13% en Centros de Salud, un 1% en Centros concertados y un 1% en Servicios Especiales de Urgencia. Las áreas asistenciales que originan mas reclamaciones son Urgencias (27%) y Quirófano (25%), incluyéndose en este apartado las complicaciones de la cirugía, destacando también las áreas de Consulta (20%) y Hospitalización (19%) y el resto en Sala de Partos (3%), Servicios Centrales (2%) y Otros (4%).



Gráfica 3. Área del siniestro.
(GUIRAO -b- 1999).

Un 30% de los casos surgen por fallecimiento y el 70% por lesiones o secuelas. Entre los motivos de reclamaciones se establecen cinco apartados, problemas relacionados con el tratamiento como complicaciones o malos resultados (57%), problemas con el diagnóstico (28%), accidentes (9%), problemas relacionados con la organización (4%) y con la información (2%).

Las especialidades que, en términos absolutos, aparecen con mayor frecuencia son Traumatología (14,38%), Medicina de Familia y General (13,03%), Ginecología (11,71%), seguidas de Cirugía (7,03%), Medicina de Urgencia, entendida como aquella en la que los médicos prestan sus servicios en la puerta de urgencias del hospital (6,73%), Oftalmología (4,2%), Medicina Interna (4,14%), Pediatría (3,12%) Urología (2,94%), y Otras sin especificar (4,62%). Al relacionar estos datos con el número de médicos de cada especialidad, los resultados se modifican, situándose en los primeros lugares especialidades como Cirugía Cardiovascular, Neurocirugía, Cirugía Plástica o Cirugía Torácica, aunque Traumatología, Ginecología y Cirugía General mantienen un tercer, quinto y sexto lugar respectivamente. La distribución geográfica de las reclamaciones, relacionada con la población, no es homogénea, con índices más elevados Asturias, La Rioja y Extremadura.



Gráfica 4. Especialidad del Personal Implicado.
(GUIRAO -b- 1999).

En la discusión del estudio se refiere que los resultados son necesariamente parciales para el período estudiado, ya que una gran parte de los expedientes están aún pendientes de resolución y es posible y muy probable que se abran nuevos expedientes por hechos ocurridos en el período revisado, fundamentalmente de los dos y tres últimos años estudiados. Los problemas de información constituyen un motivo poco importante, aunque este resultado está distorsionado, pues las demandas se clasificaron según el enunciado textual de las

mismas, y se incluyeron como problemas en el tratamiento casos de complicaciones o de malos resultados que podrían haberse evitado con una buena información (GUIRAO -b- 1999).

Una comunicación previa sobre el mismo estudio de los resultados obtenidos entre enero de 1995 y junio de 1998 (MARTÍNEZ, RODRÍGUEZ, SÁNCHEZ 1999) anticipa los resultados ya reseñados añadiendo otros: el sexo femenino (51,71%) predomina ligeramente entre los reclamantes, siendo un grupo de riesgo el de mujeres jóvenes, probablemente por la importancia de la patología relacionada con la reproducción y por esa razón en la edad infantil destaca el subgrupo de menores de un año en el que se incluyen los problemas relacionados con el nacimiento; la edad media de los perjudicados es de 42,99 años, la mayor parte entre 25 y 65 destacando los grupos de 60 a 65 años y de menores de 5 años, así como el tramo comprendido entre 30 y 55 años; los médicos son los profesionales más reclamados con un 90,41% del total, el personal de enfermería con un 6,31% si comparte responsabilidad con el médico y de un 2,63% si es el único implicado; en el 10% participaron médicos en período de formación, y en un 3,94% lo hacían como único demandado; entre los diagnósticos que con más frecuencia originaron reclamaciones, el principal es el de complicación de una intervención o procedimiento diagnóstico (destacando las lesiones de nervios u órganos, infecciones postquirúrgicas y hemorragias entre las complicaciones de intervenciones quirúrgicas y la colangiografía endoscópica tras los procedimientos diagnósticos), seguido de fracturas, del infarto agudo de miocardio y de patología vascular cerebral. Entre los procedimientos quirúrgicos más frecuentes se citan las cesáreas, las intervenciones de útero y trompas, las intervenciones sobre articulaciones y columna vertebral y la extirpación de catarata.

Respecto a la cuantía de la indemnización, a fecha 30 de septiembre de 1999, la media es de 8 millones de pesetas, con un total de 1.557 millones de pesetas y un máximo de 38,5 millones (GUIRAO -b-1999).

En el mismo sentido, un estudio previo del Insalud en el “IV Encuentro de Responsabilidad Sanitaria” confirma resultados similares, pues se mantiene desde 1991 la tendencia a que Obstetricia, Cirugía, Urgencias y Traumatología sean las más reclamadas (PARDO 2000). En general, los problemas derivados del tratamiento son los que provocan mayor número de peticiones de indemnización (en torno al 51%), seguidos de errores de diagnóstico, que agrupan en torno a un 33%. En cambio, la simple falta de información representa sólo un 2%, lo que no quiere decir que detrás de reclamaciones de otro tipo no exista, además, un problema de información. Por la naturaleza del daño, las lesiones traumatológicas suelen conllevar indemnizaciones de cuantía pequeña, sobre todo si se comparan con neonatos.

En el VIII Congreso de Derecho y Salud de Santiago de Compostela, se afirma que un alto porcentaje de actos médicos da lugar a algún tipo de reclamación por parte del paciente, aunque estas denuncias no son necesariamente tramitadas por vía jurídica, cifrando el porcentaje de reclamaciones en Galicia en menos de un 1% y las condenas a profesionales sanitarios en torno al 12% de las que trascienden a los Juzgados (LAFARGA I TRAVER 1999).

El Colegio de Médicos de Barcelona señala los errores diagnósticos como causa principal de demandas en urgencias (SERVEI D'INFORMACIÓ COLLEGIAL, 1995) y otra comunicación del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona (C.O.M.B.) sobre el análisis de reclamaciones registradas en el periodo 1986-98 por el Servicio de Responsabilidad Profesional señala que la probabilidad de reclamaciones judiciales contra médicos de asistencia primaria es muy baja en comparación con su volumen de

actividad, pero cuando sucede, el 16% de los casos civiles acaban en condena. El 5,9% de los casos resueltos judicialmente finalizan en sentencias condenatorias. El porcentaje de fallos contrarios a los profesionales asciende al 10% en la vía civil, que es en la que se tramitaban la mayor parte de las quejas de los pacientes y del 4% en la penal, donde lo habitual es que se archiven las causas. El 50% de los expedientes se abren, de media, 168 días después de que haya tenido lugar el acto médico reclamado (BENET y BRUGERA 2000).

ALVAREZ DARDET (1999) comunica a la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS) que las desigualdades sanitarias existentes en España causan la muerte a unas 35.000 personas cada año, detectándose graves problemas en cuanto a la equidad sanitaria, dependiendo del gradiente norte-sur y este-oeste y que se ven también reflejadas en las grandes ciudades, donde se ha comprobado que los habitantes de barrios humildes tienen una esperanza de vida menor que los que viven en zonas residenciales en una media de diez años. En este informe se señala que España ha incumplido buena parte de los 38 objetivos marcados y que incluso en alguno se va en dirección totalmente contraria.

En enero de 2002 la Asociación del Defensor del Paciente (ADEPA) comunica que el año 2001 fue peor que el 2000, *“pero no porque los médicos hayan trabajado peor, sino porque los pacientes se han atrevido a denunciar más”*, según Carmen Flores, presidenta de ADEPA (ALVAREZ R, 2002).

En los pasados doce meses, este colectivo recibió 9.210 reclamaciones (en su mayoría presuntas negligencias médicas, listas de espera y servicios de urgencias), una parte de las 50.000 que la asociación estima se presentaron en toda España tanto en centros públicos como privados.

Refieren igualmente desde este colectivo que no menos de 2000 personas fallecieron el pasado año por alguna irregularidad sanitaria.

También construye la asociación una tabla con las disciplinas más denunciadas en 2001. Las quejas por curas en traumatología son las más numerosas. La cirugía estética, la ginecología, la oftalmología, los errores de diagnóstico, las urgencias, la cardiología, la odontología, la anestesiología, la psiquiatría y la otorrinolaringología completan, por este orden, las 10 peores especialidades del año.

La oftalmología, la cirugía estética, las urgencias y la odontología son los cuatro apartados que más denuncias han recibido con respecto a las del año anterior. En el otro lado, la pediatría, los médicos de cabecera y la enfermería han sido las áreas médicas menos bombardeadas por las críticas y las reclamaciones. La cirugía estética se ha convertido en la disciplina con una relación intervención/fracaso más alta.

ADEPA cuenta que las técnicas más peligrosas en función de la cantidad de errores cometidos han sido la gastroplastia (reducción de estómago), la laparoscopia (diagnóstico u operación por imagen) y la cirugía láser en oftalmología. *“La mayoría de negligencias se producen aquí porque esas técnicas las realizan médicos sin experiencia o sin titulación para ello”*, aclara la asociación.

Para este colectivo, los asuntos más importantes de 2001 “por la cantidad de personas afectadas” fueron las muertes en hemodiálisis con filtros de Baxter, los afectados por el fármaco Lipobay de Bayer, los casos de legionella, el contagio de hepatitis C en el Hospital Alarcos de Ciudad Real, las infecciones en el Hospital

Arrixaca de Murcia y el presunto uso de radiofármacos no autorizados por los pacientes en cinco comunidades autónomas.

ADEPA dice que tres motivos han justificado que sólo haya llegado a los tribunales un 20% de las denuncias recibidas: *“Falta de medios para iniciar la vía judicial, poca credibilidad en la justicia y porque cuando alguien muere, su familia se pregunta para qué denunciar si nadie se lo va a devolver”*.

Estas citas, un tanto desordenadas por las razones aludidas, muestran que el problema existe y está promovido desde diversos frentes, y condicionado en parte por una mayor, aunque no siempre correcta, información de los usuarios, que muchas veces obedece a manifestaciones de una sociedad frustrada y reivindicativa, cada vez más exigente, que reacciona sin contemplaciones cuando hay diferencia entre lo que se espera (que es mucho más de lo que la Medicina puede dar) y el resultado obtenido. En ello influyen asimismo otros factores como son la fácil obtención de dinero, determinado por una legislación mal definida y jurisprudencia no uniforme; por el conocimiento de la existencia de seguros de cobertura, por otra parte imprescindibles; y el asesoramiento e inducción a la denuncia por profesionales e incluso asociaciones, contrarias a veces hacia los profesionales sanitarios, y que, aún admitidas sus razones positivas, tienen otras que distan de la equidad y el buen juicio y tantas veces se han puesto de manifiesto en entrevistas de los medios de comunicación más varios, por lo general dispuestos a magnificar los problemas, muchas veces llenos de inexactitudes y agresividad. El asunto es de gran actualidad y siquiera sea por eso, su acogida mediática está asegurada, lo que es un factor decisivo para acrecentar los problemas.

Existe un factor, al que ya nos hemos referido y en el que necesariamente se ha de reparar a la hora de estudiar la importancia del tema, y no es otro que los grandes intereses económicos que se suscitan, determinados por las caprichosas y desiguales cuantificaciones. Representan una importante fuente de ingreso para abogados y procuradores, amén de peritos médicos, que progresivamente forman frentes y organizaciones cada vez más estudiadas, sofisticadas y oferentes. Asimismo para Compañías Aseguradoras, que en principio incrementan en gran escala el número de pólizas de coberturas de responsabilidad y la cuantía de las mismas, y para los perjudicados o sus familiares, que a veces resuelven de un modo fácil sus problemas económicos para mucho tiempo.

Por otra parte, tales intereses repercuten negativamente en otras esferas, en principio y sobre todo en el prestigio y la economía de los médicos, secundariamente en la Administración Sanitaria y, a la larga, en la propia organización y servicios de la misma, al tener que invertir grandes cantidades en indemnizaciones, que obviamente no podrán ser invertidas en otras funciones de tipo asistencial, aparte de todo el entramado de la medicina defensiva, reacción hasta cierto punto lógica de los facultativos.

No obstante, y a pesar del incremento alarmante de estas denuncias y reivindicaciones por posible malpraxis médica (ya sea por error, negligencia, impericia, falta de cuidados asistenciales, falta de información o consentimiento, omisión de deber de socorro, violación del secreto médico, intrusismo, etc., como principales figuras de la misma), en nuestro país este problema no ha alcanzado en absoluto las proporciones que en otros, sobre todo en Estados Unidos, en donde ha llegado a un nivel que dificulta de modo considerable el ejercicio médico, llegando incluso con frecuencia a tener que abandonar la profesión por imposibilidad de pago de las primas

de seguro de responsabilidad civil a las Compañías de Seguros, que lógicamente se incrementan después de la primera denuncia, llegando a veces a rechazar la póliza de modo definitivo, lo que prácticamente supone la imposibilidad futura del ejercicio profesional. En nuestro país el tema se encuadra con oscilaciones entre la responsabilidad objetiva y la subjetiva, con criterios más bien no uniformes según que actúe la jurisdicción penal, civil, contencioso administrativa o social, y según se trate del T.S., Audiencias o Juzgados.

A nivel comunitario, existen asimismo tendencias a exigir responsabilidad objetiva en estos casos, con lo que complican asimismo la actividad sanitaria. Digna de mención, por su prioridad en el tiempo, la Directiva del Consejo de Europa de 20/12/90, que establece en el artículo 1-1-ap. 2º que *“la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicios”*, es decir, que establece la inversión de la carga de la prueba, que junto al principio de la responsabilidad objetiva ha suscitado un vivo rechazo en los profesionales.

En todo ello juegan importante papel los abogados, muchas veces promotores que se ofrecen con grandes facilidades a entablar demandas en hospitales, en la televisión, en páginas de internet, en autobuses y en las puertas de las consultas de cada médico. El negocio es tan productivo que a veces los médicos mismos estudian Derecho para especializarse en estas reclamaciones como buenos concedores de los avatares, en que normalmente se desenvuelve el ejercicio médico.

No pueden dejar de considerarse las consecuencias que todo ello implica, al surgir como reacción lógica de protección la medicina defensiva con todo lo que conlleva, excesiva preocupación por el cumplimiento de estándares y protocolos, exigencia exhaustiva e incondicional de conformidad y consentimiento (mucho más en

los documentos previamente elaborados en cada especialidad firmados con frecuencia “en barbecho” de modo inmediato a la intervención o práctica diagnóstica o terapéutica que en una información correcta y razonada), custodia de documentos e historias clínicas que puedan servir para futuras posibles defensas, exceso de exploraciones y métodos de diagnóstico complementarios, todo lo cual procura estrés e inhibición en el ejercicio profesional, “peloteo” de enfermos, inhibición ante casos de riesgo, lo que resta espontaneidad y libertad para tomar decisiones, aumento de listas de espera, encarecimiento enorme de las prestaciones sanitarias y, en conjunto, una indudable merma de eficacia de los servicios. A ello ha de añadirse el estrés y perjuicios que causa al enfermo el hecho de tener que contarle todos los riesgos a que está sometido, pues los verá con enorme preocupación (cuando no con terror), a veces tan grande que le hacen olvidar sus deseos de someterse a las citadas operaciones o prácticas diagnósticas.

En realidad, todo ello va a repercutir negativamente en el ejercicio médico y, por tanto, en los pacientes, pero también muy fundamentalmente en los médicos, que ven lesionado su prestigio y puesto en duda su quehacer.

Finalmente, es preciso reconocer que la solución de los problemas de responsabilidad por malpraxis por la vía judicial, deja mucho que desear, pues dista mucho de tener unos parámetros aceptables de seguridad, tiempo de resolución, cuantificación razonable de indemnizaciones, agilidad, etc., aparte de las grandes molestias que suponen las actuaciones para demandantes y demandados, por lo cual, y a imitación de modelos norteamericanos y de algunos países comunitarios, se ensayan de modo creciente y satisfactorio procedimientos extrajudiciales, que pretenden evitar los defectos señalados de los clásicos sistemas de reclamación por

vía judicial, tales como la mediación, conciliación o arbitraje, sin que en realidad exista una experiencia suficiente que avale estos procederes.

En conclusión, entre las razones que nos han parecido importantes, e incluso apasionantes para abordar este asunto podemos citar el incremento progresivo de denuncias y responsabilidad por malpraxis médica, el análisis de las causas que la motivan y de las consecuencias que implican en el ejercicio de la medicina para ambos, médicos y enfermos, así como los importantes intereses económicos que se suscitan, la judicialización del problema y la aludida falta de uniformidad de criterios entre las distintas instancias y órganos jurisdiccionales (que se rigen más que por ley por una copiosa jurisprudencia, a la que cada cual aporta su punto de vista), el interés social del tema por los bienes protegidos, tan importantes como son la salud, la vida y el honor profesional del médico, y finalmente las posibilidades de corregir defectos o emprender nuevos caminos.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

II. INTRODUCCION.

II. 1. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MEDICA.

En el enunciado del tema que nos ocupa aparecen claramente dos partes en el mismo, una de ellas eminentemente médica (malpraxis médica) y la otra fundamentalmente jurídica, que es el concepto de responsabilidad. Parece importante estudiarlas en principio.

II.1.1. MALPRAXIS MÉDICA

La malpraxis médica (término fundamentalmente médico, aunque determinado por connotaciones jurídicas), significa mala praxis en el quehacer médico, y tal término procede del griego y significa práctica, obra, ejecución. La enciclopedia Espasa-Calpe matiza la significación de práctica, en oposición a teoría o teórica y el diccionario Larousse distingue varios significados (acción de ejercer o realizar un trabajo, destreza o habilidad que se adquiere con la repetición, uso o costumbre de hacer una cosa, o aplicación de conocimientos adquiridos).

JORNET (1991), citando a ATAZ LÓPEZ (1985) dice que este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio a un enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias. En este concepto, más amplio y matizado que los etimológicos, ya se adivina la existencia de los elementos fundamentales de la malpraxis, tres fundamentalmente:

1. El hecho, que a su vez abarca la acción u omisión (elemento objetivo), la posible vulneración del deber de cuidado impuesto por las normas de experiencia,

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

cultura, o ciencia (elemento normativo) y la previsibilidad o evitabilidad del resultado (elemento psicológico).

2. El perjuicio o daño causado, y

3. La relación de causalidad entre ambos

Estos términos son el eje de la malpraxis y en ellos nos vamos a detener.

El hecho viene definido en conjunto por una falta de adecuación con la llamada “lex artis”. Según JORGE BARREIRO (1994), la expresión lex artis -literalmente “ley del arte”, ley artesanal o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate-, se ha venido empleando de siempre, como afirma MARTÍNEZ CALCERRADA (1986), para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse. De forma que si esta actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano” y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión.

Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la medicina, concebida como ciencia experimental.

La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica ha generado por sí misma una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, con la consiguiente influencia de las singularidades y particularidades de cada supuesto en la determinación de la regla aplicable al caso concreto. De aquí que la doctrina y jurisprudencia hablen de “lex artis ad hoc” como módulo rector o principio de la actividad médica.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Según MARTÍNEZ CALCERRADA (1998), aun teniendo en cuenta que existe ya un cuerpo sólido de doctrina, en donde se acoge "nominatim", el módulo enjuiciador de la actuación médico-sanitaria inmerso en la expresión "lex artis ad hoc" (entre otras, pueden citarse las SS.T.S. de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991, 23 de marzo de 1993, 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 18 febrero de 1997 y 28 junio de 1997), señala, no obstante, que conviene explicitar su integración, y entiende por "lex artis ad hoc" aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado o intervención del enfermo- de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).

La doctrina discute si el concepto de *lex artis* es aplicable a toda la actividad médica (exploración, diagnóstico, pronóstico, indicación y tratamiento) o si sólo ha de operar en algunos apartados del ejercicio profesional, lo que deriva en una concepción más amplia o más restringida del concepto y de su aplicación práctica.

Sobre este extremo, ROMEO CASABONA (1986), apoyándose en la doctrina alemana, afirma que la indicación médica y la *lex artis* son dos conceptos que se hallan estrechamente vinculados, pero esencialmente distintos. La indicación terapéutica consiste fundamentalmente en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que en la *lex*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

artis se trata de, una vez emitido ese juicio, aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo el tratamiento indicado. La indicación responde, pues, al sí del tratamiento, a si debe aplicarse ésta u otra medida; mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento, al procedimiento o método que se ha de seguir, incluyendo la técnica correctamente practicada y el cuidado debido, siendo este concepto cada vez más amplio, pues recientemente en el mismo se incluye específicamente el consentimiento informado.

Aparte de esta disquisición conceptual, la jurisprudencia, sin embargo, opera con el principio rector de la *lex artis* en los diferentes actos médicos y no restringe, por tanto, su ejecución a la aplicación del tratamiento médico o quirúrgico. Y así acude a la *lex artis* para enjuiciar la corrección de actos de exploración médica (SS.T.S. 27/5/98, 5/7/89, Sala 2ª), actos de diagnóstico (25/11/80, 17/7/82, y 20/12/90, Sala Segunda) y actos de tratamiento propiamente dichos (20/2/91 y 4/9/91, Sala Segunda).

En la doctrina española, siguiendo a JESCHECK (1993), se distingue en la imprudencia el deber de cuidado interno, que es el deber de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y al que CORCOY BIDASOLO (1989) denomina deber subjetivo de cuidado, y el deber de cuidado externo o deber objetivo de cuidado, que es el comportamiento externo correcto que evitaría el resultado atípico, pudiéndose determinar ambos con criterios general o individual, relacionado con la persona en concreto.

Centrados en el deber objetivo de cuidado, es normal que aparezca recogido en reglas generales de carácter técnico, tales como leyes, reglamentos, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos o costumbres. En lo que respecta a la sanidad no existe una reglamentación general que imponga normas de cuidado para el ejercicio de la medicina, aplicándose las reglas de experiencia bajo el nombre de la *lex*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

artis, que se presenta como un concepto dinámico, evolutivo y en constante transformación (ROMEO CASABONA, 1986), lo que exige al médico una adaptación de forma permanente, actualizando sus conocimientos y poniéndose al día en los avances de su especialidad en técnicas, tratamientos, instrumentación, medicación, etc., una vez avalados por la práctica experimental.

Según CORCOY BIDASOLO (1989) es importante distinguir entre las reglas generales de cuidado y el deber objetivo de cuidado, sin que la infracción de las primeras determine necesariamente la infracción del deber objetivo de cuidado, ni el cumplimiento de aquéllas excluya la posibilidad de infracción de éste, por lo que la infracción de la regla sólo tiene carácter indiciario, pero la concreción del deber objetivo de cuidado necesita de una valoración judicial que, respetando el principio de legalidad, logre un equilibrio entre el mismo y el principio de justicia material, sin que pueda evitarse cierta inseguridad jurídica, pues en el Código Penal no se concreta el deber objetivo de cuidado. Es decir, que la existencia de un fallo técnico por infracción de la *lex artis*, del que se deriva un perjuicio, implica la ponderación de si ello se debió o no a infracción del deber objetivo de cuidado, debiendo realizarla el Juez a la luz del cúmulo de circunstancias concurrentes en el caso. Mas para ello son imprescindibles ciertas reglas técnicas de carácter médico, a través de informes médicos periciales, que suelen aportarse de manera voluntaria por las partes y, en todo caso, por el médico forense por mandato judicial, amén de otras aportaciones de revistas especializadas sobre el problema en casos complejos o complicados y, cada vez con más frecuencia, protocolos relacionados con la problemática pericial que se discute en el proceso elaborados por sociedades científicas de ámbito nacional o expertos en el área o especialidad de que se trate, en los que se plasman normas técnicas actualizadas y recomendadas para obtener una correcta praxis médica, constituyendo estos documentos una importante ayuda que va a ser determinante para dilucidar el criterio de *lex artis* aplicable al supuesto fáctico que se juzga.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Ello no supone que sea el propio estamento médico el que determina el deber de cuidado a través de sus propias normas técnicas, pero sí parece conveniente que se señalen las normas técnicas que los profesionales consideran idóneas para la práctica correcta de la conducta enjuiciada, aunque será el Juez, finalmente, el que dirima, auxiliado por los peritos, cuál es el cuidado a observar en el caso concreto, y si la conducta del profesional se ha ajustado o no a la diligencia y cuidado exigibles.

Otro aspecto importante en la determinación del deber objetivo de cuidado es si se ha de acudir al baremo general del hombre medio en su respectivo ámbito de relación, o al baremo individual de las condiciones y capacidades especiales de cada profesional en concreto, apareciendo esta problemática rodeada de un cierto relativismo, sosteniendo DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO (1986) que la norma se fija con referencia al hombre medio cuidadoso del mismo círculo o ámbito de relaciones del autor y dotado de similares conocimientos y aptitudes. MIR PUIG (1990) defiende un deber de cuidado acorde con los poderes individuales del autor, debiendo exigirse a todos un nivel ajustado al grado de esfuerzo que se requiere al hombre medio.

Analizando el tema desde una perspectiva judicial parece poco factible determinar el deber objetivo de cuidado con arreglo al grado de esfuerzo aplicado por una persona en una acción concreta, por lo que se considera que debe establecerse con unos índices mínimos de generalidad y objetividad, y no de forma singularizada, si bien han de tenerse en cuenta las circunstancias, los conocimientos y aptitudes en el momento anterior a la ejecución del hecho y ello ha de ponerse en relación con la conducta que observaría un hombre diligente de ese mismo contorno o ámbito socio-laboral en esa misma situación y con similares conocimientos y aptitudes. La Jurisprudencia de la Sala Segunda del T.S. afirma en reiteradas resoluciones que ha de quedar fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

especialización (SS.T.S. 10/3/59, 8/10/63, 5/2/81 y 8/6/81, 4/9/91), lo que no excluye su subsunción dentro del ilícito civil. De otro lado, también se alude en algunas sentencias a la diligencia previsible para un profesional medio de la medicina (SS.T.S. 27/5/88, 5/7/89, 14/9/90).

Por otra parte, es importante considerar los medios personales y materiales sanitarios dedicados al tratamiento del enfermo, y que el Juez conozca el contexto socio-económico en que se desenvuelve la conducta profesional enjuiciada, pues ello adquiere notoria relevancia al establecer la *lex artis* del caso concreto y el grado de cuidado exigible en el supuesto fáctico que se juzga.

En resumen, la *lex artis* como conjunto de criterios de buena praxis, debe ser el más importante nexo de unión entre medicina y derecho, constituyendo un tema de particular relevancia tanto para jueces como para médicos, haciéndose cada vez más necesaria y difícil la positivización de su contenido.

En la *lex artis* deben considerarse, pues, diversos niveles:

Uno, el de los criterios generales de actuación o *lex artis* propiamente dicha, que viene dado por el estado de la ciencia médica en cada momento, y que viene reflejado en las publicaciones científicas, protocolos, conferencias, congresos, etc. Dado el gran desarrollo que han tenido los protocolos en la actualidad y la exactitud con que suelen reflejar el estado de la ciencia médica, deben tenerse muy en cuenta para determinar el deber objetivo de cuidado y, en general, del contenido de la *lex artis*, siendo un instrumento importante de ayuda a la labor judicial y de seguridad para la práctica de los profesionales de la medicina.

Y otro, el de los criterios de actuación en determinadas circunstancias ambientales, de tiempo, lugar de actuación, disponibilidad de medios y recursos del

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Centro en que se ejerce la Medicina, *“teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria)”* (S.T.S. de 11 de Marzo de 1991) y, en general, tan específicos y dependientes de cada caso concreto que hacen que la “lex artis”, referida a la Medicina, se denomine “lex artis ad hoc”. Del mismo modo que el Juez ha de interpretar y aplicar las normas generales ponderando las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, el médico está obligado a aplicar prudente y razonablemente los criterios genéricos a las circunstancias individuales.

Según MONTERO JUANES (1999), la medicina, como las demás ciencias, se desarrolla en dos niveles diferentes: el de las proposiciones universales, elaboradas con pretensiones de validez general, y el de las proposiciones particulares, esto es la determinación de juicios concretos sobre casos concretos. Se contraponen así ciencia (lo genérico) y arte (lo específico).

La medicina es una ciencia, pero también es una clínica (arte). GRACIA GUILLÉN (1995) insiste en ello al afirmar que la medicina tiene un momento de ciencia, el estudio de las enfermedades en general, pero tiene otro de arte, el estudio de los individuos enfermos, lo que ha originado la clásica distinción entre la Patología y la Clínica. La patología es la ciencia, y como tal se mueve en el orden de las proposiciones universales. La clínica, por el contrario, es una técnica, un arte, el de tomar decisiones prudentes ante un individuo y una enfermedad concreta. Para esa decisión el médico deberá contar no sólo con la ciencia, sino con toda una serie de circunstancias, en muchos casos ajenas a la medicina, que confluyen y condicionan la misma, y así citaremos las condiciones económicas, sociales, culturales, religiosas, ambientales, geográficas, etc., y así se puede reparar en las diferencias entre la

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

asistencia médica en un gran hospital y en el medio rural, o en la asistencia normal y la de urgencia, o las limitaciones a la aceptación de tratamientos que plantean determinados grupos religiosos, por ejemplo.

Lex artis y culpa tienen una íntima relación. El actuar culposo se asienta sobre dos elementos fundamentales: la prevención y la previsión. La prevención obliga al actor al deber de diligencia, frente a la que aparece la infracción del deber de cuidado, que supone la omisión de determinadas reglas de cuidado aconsejadas universal y genéricamente para todo tipo de circunstancias o, en su caso, más concretadas a la situación particular. Estamos obviamente hablando de los conceptos omnipresentes “lex artis” en el primer caso y “lex artis ad hoc” en el segundo. El hecho imprudente surge de la comparación entre la conducta ejecutada y aquella que debería haberse realizado conforme a las observancias de las reglas correspondientes de cuidado emanadas de la ciencia médica, de las normas deontológicas y de los protocolos médicos, los cuales, en virtud de su cada vez mayor implantación y de la numerosa protocolización de los procedimientos de diagnóstico y terapéutica médica, así como de su solvencia científica, pueden y deben tener, junto a la pericia, un importante papel en el proceso mediante su aportación y valoración judicial como pruebas fundamentales. Para la determinación de la negligencia médica serán esenciales los informes periciales médicos y los protocolos también médicos, en tanto en cuanto contienen recomendaciones y directrices aceptadas por la técnica médica y son insustituibles.

Sin embargo, esa falta de soporte legal que define la “lex artis” (por otra parte desaconsejable en atención a la constante evolución de la ciencia médica, que hace que en pocos años quede desfasado aquello que se pensaba constituía una verdad universal, de tal forma que el engorroso trámite legal convertiría siempre en obsoleta cualquier desarrollo normativo de la cuestión, y también en atención a la

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

circunstancialidad y diversidad de las patologías y de las relaciones médico–paciente), no impide la obligación del médico de asistencia diligente y del fin de sanar, mas quedando bien patente que en ningún caso el médico asume una obligación de resultado, sino una obligación de medios o servicios: prestar y proporcionar al paciente todos los medios y cuidados dirigidos a curar, según el estado de la ciencia médica y la *lex artis ad hoc* en cada caso concreto. (SS.T.S. 12/7/88, 8/10/92, 15/11/93, entre otras).

Como ya se ha señalado, no hay en los textos legales definición alguna de la imprudencia, conformándose el ordenamiento jurídico con atribuir determinadas parcelas de responsabilidad a los actos culposos, negligentes o imprudentes. No obstante, la ausencia de esa definición legal no puede considerarse como un inconveniente sino como una ventaja: al ser el hecho imprudente absolutamente circunstancial, es imposible una regulación concreta de los actos culposos, por infinitos y plurales, y además porque es cambiante como la sociedad misma, que cada día es capaz de generar nuevas situaciones de riesgo.

Desde una perspectiva general, la culpa puede definirse como aquella acción u omisión que vulnera un deber objetivo y concreto de cuidado, produciendo un resultado lesivo o dañoso directamente relacionado con la acción inicial, y que, por su naturaleza, era previsible y evitable. Esta definición no puede ser sino la base de la culpa médica. Sólo cabe añadir a ella en cuanto al sujeto activo, que ha de ser un sanitario en el ejercicio de su actividad, en cuanto a la acción generadora del resultado, que ha de ser un acto médico y en cuanto al resultado que ha de ser una lesión corporal.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

La más moderna doctrina (S.T.S. 13/2/97, siendo ponente MARTÍNEZ PEREDA) ha señalado que en la estructura del tipo de la imprudencia médica han de concurrir los siguientes requisitos:

A/ acto médico que inobserva los deberes objetivos de cuidado que impone la lex artis.

B/ la producción de aborto, muerte o lesiones.

C/ relación de causa a efecto entre el daño y la conducta.

D/ imputación objetiva del resultado.

En similar sentido, la S.T.S. de 14/2/91, abriendo el camino a lo que más tarde sería la novedosa tesis de la imputación objetiva, ponía especial énfasis en requerir para la sanción del acto culposo que el daño *“venga sobrevenido como consecuencia de aquella conducta negligente, en su doble vertiente de falta de previsión o deber de saber y la falta de cuidado o deber de evitar”*. En suma, al lado del elemento normativo constituido por la omisión del deber de cuidado y más en concreto, la infracción de la lex artis, se sitúa el elemento psicológico de previsibilidad del evento y consiguiente evitabilidad, representado por el acto que el facultativo ejecutó, que debió evitar y que fue causa de un desenlace fatal, acto que, habida cuenta de la pericia que se supone al que ostenta un título académico de Medicina y el nivel experimental de la misma pudo fácilmente haberse evitado (no hay que olvidar que si el hecho es imprevisible a un profesional medio, o el resultado se plantea como inevitable, no hay responsabilidad alguna).

Estos elementos son, junto a *la relación causal de la acción con el resultado lesivo*, la columna vertebral de la culpa médica, requisitos sin los cuales, sin cualquiera de ellos, no podemos hablar de culpa o negligencia. El *resultado* ha de devenir directamente relacionado en causalidad adecuada con la acción u omisión, de tal forma que para apreciar la culpabilidad del agente se precisa que el resultado sea

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

“una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, entendiéndose por consecuencia natural, aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, debiéndose valorar en cada caso concreto, si el acto inicial tiene virtualidad suficiente como para que de él se derive el resultado dañoso, no siendo suficiente las simples conjeturas, ni la interrelación de acontecimientos que interrumpen el nexo causal”. (S.T.S. 6/2/99).

Continuando con el examen conceptual de la culpa médica, es preciso destacar la dificultad de sentar verdades universales o apotegmas que la delimiten, y así MANZANARES SAMANIEGO (1993), que define la culpa médica como aquella que se produce *“cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas, que olvidando la lex artis provoquen resultados lesivos”*, alerta sobre ello en función al constante progreso de la ciencia médica, las necesarias mutaciones de la experimentación clínica y la individualidad humana, generadora de tratamientos y dosificaciones diferentes en el arte curativo, obligando de esta manera, a los tribunales a *“un minucioso y ponderado examen de las causas concurrentes para no incidir en tesis maximalistas, y de ahí la necesidad, las más de las veces, casi todas, de recurrir al auxilio y asesoramiento de los informes periciales suministrados por los entendidos en la materia”*.

Finalmente, no conviene dejar de lado, cuando tratamos de acotar el concepto de culpa médica, que la jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo han ido acuñando un sólido cuerpo de doctrina basado en los siguientes principios básicos, que se repiten sistemáticamente en sus judiciales resoluciones:

A/ Por lo general, el médico no asume una obligación de resultados, sino de medios o servicios, esto es, prestar y proporcionar al enfermo los medios destinados a reponer la salud, según el estado de la ciencia médica y de la *“lex artis ad hoc”* (SS.T.S. 15/11/93 y 4/3/93 entre otras).

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

B/ Los errores de diagnóstico, salvo los errores groseros o graves, no entrañan responsabilidad, y en menor medida responsabilidad penal (SS.T.S. 21/11/96, 21/4/92).

C/ La pericia que ha de contar el médico ha de ser la ordinaria, en ningún caso es exigible que sea de orden extraordinario (S.T.S. 5/7/99).

D/ No existen verdades universales, debiéndose huir de generalizaciones inmutables (S.T.S. 5/7/99).

E/ El elemento normativo de la imprudencia médica, es decir, la infracción del deber de cuidado, o bien el olvido de las reglas de la *lex artis*, ha de ser evaluado no aislando el acto desencadenante del daño, sino tomando en consideración de manera ponderada todas las circunstancias concurrentes a la acción (S.T.S. 5/5/89).

F/ Si las deficiencias o el estado del material no consta sean imputables a los facultativos, no se les puede atribuir tampoco la responsabilidad del resultado acaecido en su virtud (MONTERO JUANES, 1999).

Desde una perspectiva jurídica, el fundamento de la culpa médica se halla en la realización por parte de un profesional médico de un acto transgresor de la ley que genera una obligación, cuando menos, de reparar el mal causado. Pero fuera de este simple enunciado se han buscado por parte de la doctrina otros fundamentos de diverso tipo: éticos, morales, deontológicos, incluso negatorios de cualquier responsabilidad jurídica del médico en su actuar.

LLAMAS POMBO (1994) entronca el fundamento de la responsabilidad médica en los llamados “deberes médicos” seleccionando aquellos que considera fundamentales para basar la responsabilidad por culpa médica, junto a los elementos del injusto que hacen nacer jurídicamente la infracción jurídica, sin perjuicio de la existencia de otros deberes que pudieran estar recogidos en las innumerables normas deontológicas que regulan la profesión sanitaria. Estos son:

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

a/ El deber de información, recogido en el art. 9.2 del Código de Ética y Deontología Médica (C.E.D.M.) y en el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad (L.G.S.) de 25 de abril de 1986. El contenido de la información que el médico debe proporcionar al paciente, según JUANES PECES (1997), debe abarcar el estado de salud del enfermo, el diagnóstico de la enfermedad, tratamiento o posibles tratamientos a seguir y los riesgos que entrañan estos y sus posibles consecuencias. Se consigue así, con el adecuado caudal informativo, la emisión por parte del enfermo o sus familiares del llamado consentimiento informado, asumiendo éstos las consecuencias que se pudieran derivar de la intervención médica, sin perjuicio de que pudieran producirse otras circunstancias de responsabilidad médica diferentes a la no prestación del consentimiento (MONTERO JUANES, 1997).

El Tribunal Supremo, desde la Sentencia de 25 de Abril de 1994, mantiene la esencialidad de la información al paciente y/o a sus familiares, en la medida de lo posible, del diagnóstico, pronóstico, tratamiento, riesgos y alternativas posibles, de advertir de los riesgos del abandono del tratamiento y, en caso de dolencias crónicas o recurrentes, advertir de los cuidados precisos para evitar recaídas.

La falta de información es un hecho lamentable y frecuente, y una parte significativa de las reclamaciones contra los médicos se evitarían “*con una adecuada y respetuosa información al paciente o a sus familiares*”. En línea con ello no cabe sino afirmar, con SOTO NIETO (1997), que el médico ha de renunciar a parte de su autonomía decisoria, porque no actúa frente al paciente, sino con o junto al paciente, y la común voluntad ha de jugar en todo instante.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Apunta PORTERO GARCÍA (1999) que si desde una perspectiva jurídica el consentimiento es un elemento esencial para la perfección de un acuerdo, negocio o contrato, integrándose por dos factores concurrentes, ofrecimiento y aceptación, pudiendo existir vicios o defectos que lo invaliden o anulen (error, engaño, incapacidad, etc.), desde la perspectiva médica el consentimiento no sólo ha de ser válido, sino informado en términos de comprensión, permanencia temporal y exhaustividad, en los propios términos de la L.G.S. en su art. 10.5. Y de otro lado, el consentimiento debe reunir todos los requisitos precisos para su plena validez: capacidad legal por quien lo emite, información previa suficiente y formalidad, esta última en cuanto que determinados procesos médicos relevantes exigen naturalmente un consentimiento expreso e inequívoco, con exclusión de la aceptación tácita. Por supuesto, estos presupuestos cederán en los casos de extrema urgencia o grave riesgo para la salud pública. Es evidente que el consentimiento es revocable por quien lo presta si se halla en idénticas circunstancias de capacidad que cuando lo dió.

b/ El deber de competencia profesional, que supone la asunción por parte del médico de competencia profesional y de actualización de conocimientos. En sentido contrario, si competencia es sinónimo de suficiencia para el ejercicio de la medicina, por incompetencia entenderemos la falta de idoneidad para dicho ejercicio. Esta falta de idoneidad no debemos constreñirla solamente a la falta de conocimientos, sino que, como pone de relieve AUGUSTO LEÓN (1973) habrán de tenerse en cuenta otros factores sobre ese grado de idoneidad, entre los que señala la incapacidad física, emocional, la ignorancia y la deshonestidad, añadiendo LLAMAS POMBO (1994) la falta o mal estado de los medios técnicos necesarios y habituales en el ejercicio de la actividad. Considero que esta presunción de competencia debe de extenderse a todos los componentes del equipo médico, supuesta su existencia, caso en el que las responsabilidades podrán ser exigibles a cualquiera de ellos, según la ya clásica distinción entre división de trabajo horizontal (cirujano-anestésista) y vertical (cirujano-ayudantes).

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

c/ El deber de asistencia. No debe ser simplemente entendido como la obligación natural de todo médico de prestar auxilio a quien lo necesite (la falta de asistencia en determinados supuestos puede integrar un delito de omisión del deber de socorro), sino propiamente en el sentido de que, iniciada la relación médico paciente, con independencia de cual sea la naturaleza de la misma, el médico debe de emplear los medios intelectuales y técnicos a su alcance para lograr la curación del paciente, sin que se puedan considerar eximidos de ese deber en función de condicionamientos ideológicos o riesgos de contagio por enfermedades infecciosas. Discrepando algunos autores en lo que concierne a las cláusulas de conciencia, respecto de la que en determinados casos de falta de urgencia vital o de posibilidad de ser efectuada por otro médico pueden tener virtualidad.

II.1.2. RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MÉDICA.

La responsabilidad, según el Diccionario de la Lengua Española, es la deuda, obligación de reparar o satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal.

Según la enciclopedia Espasa-Calpe, es la obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, cualquier daño, pérdida o perjuicio. Distingue dos tipos de responsabilidad por su esencia, responsabilidad criminal o penal y responsabilidad civil. La primera, que nace de un hecho delictuoso, se descompone. Sus efectos, de una parte, tienden a restablecer el derecho público cuyo orden ha sido violado por el delito, desarmando al delincuente con la pena o la corrección y de otra procuran la compensación a la víctima, que es quien directamente ha sufrido el daño. La responsabilidad civil está presidida fundamentalmente por la obligación de responder pecuniariamente, indemnizando los daños y perjuicios producidos a un tercero.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Según DÍEZ PICAZO (1992), significa la sujeción de una persona que vulnera un deber de cuidado impuesto en interés de otro sujeto, a la obligación de reparar el daño producido.

Según DE LORENZO Y MONTERO (1988), la responsabilidad, en general, no viene a ser otra cosa que la asunción de las consecuencias de un daño, normalmente traducidas en una estimación económica. Según dice el artículo 1902 del Código Civil (C.C.), “*el que por acción u omisión causa daño a otro, mediando culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”.

De ahí que se pueda decir que en toda apreciación de responsabilidad existen al menos tres elementos comunes: la acción u omisión, el daño y la relación de causalidad entre ambos, y lo que se discute es el otro elemento que establece el art. 1902 del C.C., que no es otro que la culpa o negligencia que ha de concurrir, según los sistemas llamados de responsabilidad subjetiva en la acción u omisión del causante, como reproche del ordenamiento jurídico a su comportamiento, y que puede no exigirse, según los denominados sistemas de responsabilidad objetiva, para imputar una responsabilidad. Desde el punto de vista procesal, los sistemas de responsabilidad subjetiva implican que el demandante debe probar, además de la acción y del daño, la relación de causalidad y la culpa del responsable, mientras que podrá prescindir de esto último en los sistemas de corte objetivo.

Entre ambos sistemas pueden situarse aquellas *doctrinas conocidas como expedientes*, normalmente jurisprudenciales, paliativos de la responsabilidad por culpa, esto es: la *inversión de la carga de la prueba*, que obliga al responsable a probar su propia diligencia y releva por tanto al reclamante de acreditar la culpa; el de la llamada *culpa virtual*, que permite al Juez deducirla sin más del conjunto de todos

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

los hechos probados, que no explican la desproporción entre el diagnóstico inicial y el resultado desproporcionado obtenido y que implica un plus probatorio sobre la inversión de la carga de la prueba, ya que exige no sólo probar que la conducta observada ha sido correcta, sino acreditar que el hecho dañoso se ha producido por caso fortuito o causa mayor (ROIG SERRANO, 1999). O la *doctrina "res ipsa loquitur"* (la cosa habla por sí misma), que extrae la prueba de la culpabilidad de lo que se denomina la propia naturaleza de las cosas y la evidencia de los hechos.

En las relaciones directas entre médico y paciente, normalmente el médico sólo responde cuando el ordenamiento jurídico puede reprochar a su actuación un cierto grado de culpa o negligencia. Culpa o negligencia que consiste, como dice el art. 1104 del C.C., en *"la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar"*, añadiendo el art. 1101 del mismo Código que también *"quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas"*.

En principio, pues, todo sujeto que ocasiona un daño a un tercero, es responsable del daño causado y lo es desde la doble vertiente civil y penal, y así aparece recogido en los Códigos, aparte de las posibles repercusiones administrativas, sociolaborales, etc. La obligación de resarcimiento de la responsabilidad es norma general básica del Derecho en todas sus esferas, mas como dice FENECH (1982), *"un hecho injusto lo es esencialmente en el aspecto civil y sólo accesoriamente en el penal, por lo que la responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo es anterior a la responsabilidad penal"*, siendo por ello más amplia, sin que sea preciso que exista infracción penal para que haya responsabilidad, y, en consecuencia, la obligación de resarcimiento de la misma. La separación de ambos

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

órganos jurisdiccionales civil y penal dificulta a veces el estudio de estos problemas, por lo que es conveniente estudiarlos separadamente.

II.1.2.2.1. RESPONSABILIDAD CIVIL.

La responsabilidad civil viene regulada en el Código Civil en los artículos 1089, 1090, 1091, 1092, 1093, 1902 y 1903, 1101, 1104. Nuestro Código Civil diferencia claramente en el art. 1089 como fuentes de obligaciones a “las que nacen de la ley, de los contratos o cuasi contratos” y “los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier tipo de culpa o negligencia”, con lo que está definiendo estos dos grandes grupos de responsabilidad civil: contractual y extracontractual o aquiliana.

La responsabilidad civil puede ser de varios tipos, **contractual**, cuando procede del incumplimiento de un contrato válido, **extracontractual**, cuando el daño se produce al margen de la relación contractual, por obligación derivada de acto ilícito, y, responsabilidad civil **derivada de delito**, cuando medie dolo o culpa penal.

Precisamente en materia de responsabilidad civil del médico una de las cuestiones más discutidas ha sido la naturaleza contractual o extracontractual de la relación médico paciente, pues realmente como dice SANTOS BRIZ, citado por MARTÍNEZ CALCERRADA (1999), al tratar de delimitar la materia de la responsabilidad médica, siempre se asocia la posible vulneración de contrato, el perjuicio a un semejante y *“las puras relaciones contractuales deberán ir siempre impregnadas de consideración humana hacia el semejante y a los valores espirituales que encierra”*.

La doctrina de la relación jurídica médico-paciente se ha construido tradicionalmente sobre la base del contrato, inicialmente calificado como de *arrendamiento de servicios*, aunque modernamente se prefiera entender que se trata de *una figura contractual especial*.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Sin embargo, la relación puede nacer sobre bases ajenas al contrato, bastando que el paciente tenga un título jurídico, cualquiera que este sea, para ser acreedor de la prestación de asistencia sanitaria.

El progreso de las ciencias de la salud y su rapidísimo desenvolvimiento, con la aparición de nuevas técnicas cada vez más complejas y sofisticadas, muestran la insuficiencia del tradicional modelo contractual de las relaciones profesional-paciente, y están determinando la aparición de un nuevo modelo de ejercicio de las profesiones sanitarias, ya común en las especialidades médicas, de manera que la prestación de servicios por parte de un profesional a un paciente no se asienta en la figura típica de un contrato, sino que su tipología es múltiple. El paciente no adquiere su derecho al tratamiento de la conclusión de un contrato con el profesional, sino de otro título distinto como la afiliación a la Seguridad Social, o el seguro libre de enfermedad, que determina que sea una organización pública o privada que le asegura o con la que concierta la atención a su salud, y a cuyo servicio se encuentra el profesional, la jurídicamente obligada a prestar al paciente la asistencia sanitaria que precise.

Por otro lado, la concepción del derecho a la protección de la salud como un principio rector de la política social y económica, tal como lo concibe el art. 43 de la Constitución, al incluirlo entre los derechos y deberes fundamentales en el capítulo dedicado a tales principios, legitima, como dice el art. 53.3 de nuestro texto fundamental, la intervención de los poderes públicos, que han dejado de ser neutrales en materia sanitaria para asumir activa y efectivamente, funciones normativas, de organización y gestión y de inspección de los servicios sanitarios, asumiendo además, mediante el establecimiento del servicio público correspondiente, actividades de prevención, asistencia y rehabilitación de la salud.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

El sentido general de la evolución se ha centrado, en lo externo, en el paso de la relación bilateral entre el prestador del servicio y el que lo recibe, a otras multilaterales, en las que intervienen además un centro establecimiento sanitario, un intermediario sociedad médica y/o una Administración Pública prestacional.

Por tanto, el fundamento de la intervención del profesional médico no se encuentra ya en un contrato que él mismo ha concluido con el paciente, sino en la acomodación de su actividad a las normas rectoras del ejercicio de la profesión.

Los derechos y obligaciones del médico y el paciente se desvinculan en cierto modo de su origen contractual y pasan a ser impuestos por la Ley a toda prestación de servicios profesionales. El marco del C.C., que no prevé regulación especial para el contrato de prestación de servicios sanitarios, se ha visto completado por la regulación que ofrece la Ley General de Sanidad, que ahora debe ser considerada como la definidora del marco de derechos y obligaciones de la relación profesional entre el médico y el paciente.

La **responsabilidad contractual**, según MARTÍNEZ CALCERRADA (1999), deriva del incumplimiento de un contrato por parte del médico, que le vincula al paciente, y presupone, por tanto, que aquél acudió al médico como cliente particular, o bien como miembro de una organización de naturaleza pública o privada. No hay en estos casos estipulación formal de contrato alguno, sino que los hechos concluyentes e inequívocos de acudir a un médico para que le cure y de someterse al tratamiento que le sanare, implican ya por el enfermo una proposición y ejecución de contrato, que el médico implícitamente acepta, sometiéndose ambas partes, como en cualquiera otro contrato, a las consecuencias de su incumplimiento conforme al art. 1101 del Código Civil.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Hay, indudablemente, en el germen del contrato entre médico y enfermo una "relación fáctica" a la que el ordenamiento jurídico atribuye consecuencias de este orden y las consiguientes responsabilidades civiles. Podría decirse que para hacer efectivas estas responsabilidades no es necesario calificar el contrato dentro de una o varias de las clases que regulan las leyes civiles; no obstante, la doctrina y la jurisprudencia se han preocupado de este punto y han enfocado la relación contractual médico-enfermo desde distintas perspectivas. Veamos las que ofrecen interés para la práctica española.

El Tribunal Supremo calificó reiteradamente como contrato de arrendamiento de servicios el existente entre los médicos y los enfermos. Se ha declarado que el molde amplísimo del contrato de prestación de servicios o arrendamiento de servicios cobija, sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como médicos, ejercen las llamadas "profesiones y artes liberales" (Sentencias, de 18 de enero de 1941, 22 de diciembre de 1955, 7 de junio de 1958 y 2 de junio de 1960). Pero, al margen de esa calificación jurídica, los contratos del médico con las organizaciones de la Seguridad Social u otras análogas se han calificado como contratos de trabajo. Así, la Sentencia de la Sala de lo Social del T.S. de 20 de junio de 1980, declara que no es la naturaleza civil y sí laboral el contrato que media entre centro sanitario adscrito a la Dirección General de Sanidad y los médicos a su servicio.

Mas la doctrina científica pone de relieve las diferencias que existen entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo. Así se observa que el objeto del contrato no puede ser el compromiso del médico de curar al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar en ningún caso el resultado, teniendo en cuenta la existencia de múltiples factores que implican un margen de error. Así sería este contrato una obligación de medios, no de resultado pero sin

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

olvidar que en ocasiones revisten la forma de arrendamiento o contrato de ejecución de obra (como cuando el médico se compromete a una prestación de resultado, por ejemplo, la realización de análisis clínicos, colocación de prótesis dentarias, intervenciones quirúrgicas de cirugía estética, etc.). En las SS.T.S. de fechas 25/4/94 y 28/6/97 se distinguen la dualidad entre cirugía asistencial o curativa y cirugía satisfactoria o estética, como podremos comprobar en el capítulo II. 3. 2. (Consecuencias jurídicas de la Malpraxis Médica).

Las particularidades del "contrato de atención médica", de naturaleza multiforme, dada la multiplicidad de hipótesis en que puede tener su origen y sus efectos, revelan sus caracteres:

1º. Ante todo, un contrato "intuitu personae", es decir, acto de confianza sobre todo desde la perspectiva del enfermo que elige al médico, sobre todo cuando, por razones humanitarias o de urgencia, no puede negarse a asistir a un paciente.

2º. Del carácter expuesto deriva que este contrato es rescindible a instancia de cualquiera de las partes, pero el médico no podrá apartarse cuando ello suponga un abandono que haga peligrar la salud del paciente.

3º. No está sometido a forma alguna, salvo en supuestos excepcionales en que, por las circunstancias de la intervención facultativa, se exige un consentimiento escrito. Por ejemplo, en supuesto de trasplante de órgano (Ley 30/1979, actualmente derogada por el R.D. 2070/1999, de 30 de Diciembre).

4º. Caracteres ya comunes a otros contratos, y que también reúne el existente entre el médico y el enfermo, es ser un contrato de tracto sucesivo, salvo en casos en que merezca el calificativo de contrato de ejecución de obra; ser contrato bilateral y a la vez oneroso, puesto que crea obligaciones para ambas partes (para el paciente, en actitud pasiva y para el facultativo, poner en la curación de aquél el cuidado y la técnica precisos), pudiendo revestir la retribución del médico diversas

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

formas (a tanto alzado, por visitas o actos médico retribución fija periódica, etc.) y, por tanto, proceder de una forma directa o indirecta del asistido.

Sin perjuicio de la relación contractual de atención a enfermos en los supuestos en que interviene una clínica, hospital o establecimiento análogo (hoy se habla de contrato de clínica de hospitalización en los términos que expone la S.T.S. de la Sala Primera de 11 de noviembre de 1991, en donde se analiza su complejidad y la diversidad de actos que puedan comprenderlo; amén de los médicos, los servicios paramédicos o los extramédicos), puede en algún caso revestir aquella relación la forma de cuasi contrato de gestión de negocios ajenos sin mandato. Es decir, servicios médicos prestados espontáneamente por el facultativo, sin mandato ni conocimiento del enfermo, obrando, por tanto, sin autorización expresa ni tácita y sin su oposición. Según la S.T.S. de 26 de abril de 1956, surge este cuasicontrato en el caso de asistencia a consecuencia de accidente a persona que se halla inconsciente. Según el art. 1888 del C.C., *“el que se encarga voluntariamente de la agencia de los negocios de otro (en este caso de que recupere la salud), sin mandato de éste, está obligado a continuar su gestión hasta el término del asunto y sus incidencias, o a requerir al interesado para que le sustituya en la gestión, si se hallare en estado de poder hacerlo por sí”*. Responde, sin embargo, el gestor por los perjuicios derivados de su culpa o negligencia (art. 1889, párrafo 1º). Si hay algún beneficio para el paciente, éste no sólo vendrá obligado a indemnizar al médico por los gastos útiles y necesarios, sino que responderá además, de las obligaciones contraídas en su interés (art. 1893, párrafo 1), es decir, el pago de los honorarios, e incluso aunque no resulte provecho alguno, con tal que la intervención del facultativo haya tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto. En este supuesto cabe incluir los casos en que, por la gravedad de las lesiones, la intervención facultativa no haya tenido éxito. El derecho a una contraprestación en favor del técnico no ofrece duda en la generalidad de las situaciones.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Aunque ha suscitado disensiones en la doctrina científica la mencionada calificación de la intervención facultativa como de gestión de negocios ajenos sin mandato, cabe admitir este criterio como situación intermedia entre la situación contractual y la extracontractual que después se referirá. Queda excluida la admisión en los supuestos de contrato de asistencia médica prestada por medio de una relación jurídica de mandato, pues el médico no realiza por su cliente ningún acto jurídico, ni ostenta su representación, rasgos que son esenciales para el mandato, aparte de seguir el mandatario las instrucciones del mandante, consecuencia inadmisibles también en el supuesto de tratamiento médico (efectos jurídicos deducidos de la regulación del mandato, arts. 1714, 1717 y 1725 del C.C.).

La relación contractual entre médico y enfermo no agota la perspectiva contractual que puede derivar de la asistencia médica u originada en la misma. Así se habla también de contrato de arrendamiento de servicios entre establecimiento sanitario y facultativo o sus auxiliares facultativos o no. A su vez, respecto de los enfermos acogidos en el establecimiento, el contrato entre su dirección y los profesionales sanitarios se concibe como un contrato a favor de terceros (los enfermos), previsto en el artículo 1257, párrafo 2, del Código Civil.

La S.T.S. de 11 de Febrero de 1990 es útil desde entonces por la práctica totalidad de los Tribunales españoles para definir el contrato médico, y dice textualmente: *"En corroboración de la solución acogida en el presente fundamento de Derecho, es de considerar que si ciertamente el derecho positivo español no contiene preceptos definidores del estatuto jurídico del médico, sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento jurídico general civil, ha llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios, y aunque esta posición simplista,*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

reductora de la intervención facultativa al aspecto contractual, omite la esencial circunstancia de que el médico no ejerce su profesión solamente en vista de un enfermo concreto y a petición de él, o de quien lo represente o tenga su guarda, sino también en casos de urgencia, como siniestro, cumpliendo un imperativo deontológico, por lo que la múltiple relación fáctica que ello pueda originar puede también ser rica en matices, con complejidad incluso de relaciones, lo que determina la singular de que aquella calificación de arrendamiento de servicios que se produce entre el médico y el enfermo, con su molde amplísimo comprensivo de acogida de los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos ejercen las llamadas profesiones y artes liberales, según reconocen las SS.T.S. 18 Ene. 1941, 22 Dic. 1955, 7 Jun. 1958 y 2 Jun. 1960, releva claras diferencias entre el clásico contrato de arrendamiento de servicios y la relación jurídica médico-enfermo, cuyo objeto en modo alguno ha de ser el compromiso del médico de curar en todo caso al enfermo, porque no hay posibilidad de asegurar normalmente en ningún caso el definitivo resultado de la actividad médica siempre influible por el coeficiente de innumerables e inesperados factores ajenos a la propia normal actividad profesional del médico, y en realidad significativo de un contrato de obligación de medios adecuados y no de resultado".

Responsabilidad extracontractual

Cuando, según las circunstancias, no se trata de asistencia médica en base a un contrato ni cuasicontrato, las consecuencias perjudiciales de esa asistencia han de regularse por los arts. 1902 y siguientes del citado C.C., reguladores de la llamada culpa extracontractual. A este respecto el sistema español sigue el criterio de aplicar una responsabilidad subjetiva, basada hasta ahora en la acción u omisión culposa del agente (MARTÍNEZ CALCERRADA, 1999).

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Merece la pena revisar la S.T.S., de la Sala de lo Civil, de fecha 22/04/1997, con ponente al Excmo. Sr. O`Callaghan, referente a los tipos de responsabilidad civil:

*“Una vez más llega a esta Sala el tema de la responsabilidad médica, que tanta trascendencia tiene en la sociedad, tanta doctrina ha producido y a tanta jurisprudencia ha dado lugar. Dicha responsabilidad no es sino expresión de la más amplia responsabilidad profesional y tiene especiales caracteres, pero no especiales prerrogativas. Puede ser una responsabilidad **contractual**, cuando se ha producido un daño por incumplimiento total o parcial de un contrato que contempla el art. 1101 del C.C. (para que surja la responsabilidad contractual es preciso que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, dice literalmente la S.T.S. 11/10/1991, que reitera la de 5/07/1994); o **extracontractual**, cuando el daño no deriva de la ejecución del contrato, sino que se ha producido al margen de la relación contractual o el profesional no ha contratado con la víctima, como es el caso del médico dependiente del Insalud, cuya responsabilidad **extracontractual** u obligación derivada de acto ilícito (principio *alterum non laedere*) se contempla como principio en el art. 1902 C.C. y se desarrolla en la jurisprudencia; o, por último, responsabilidad civil **derivada de delito** cuando se ha atentado a la convivencia mínima en la sociedad, se ha incurrido en un tipo delictivo y la responsabilidad civil derivada de éste, como prevén los arts. 1902 C.C. y 116 y ss. C.P. (S.T.S. 17/12/1985 y 2/07/1990).*

No son opuestos entre sí los conceptos de esta triple responsabilidad, sino que tienen una unidad dogmática, aunque no pragmática al estar prevista en distintas normas. Lo que conviene destacar es la cuestión de la prueba de la culpa: la responsabilidad por delito o falta deberá probarse plenamente en proceso penal y de ella deriva la responsabilidad civil; la responsabilidad contractual por incumplimiento, probado éste, presume la culpa, sufriendo el incumplidor la carga de probar que ha sido por caso fortuito o fuerza mayor, como se desprende del art. 1183 C.C. y se expresa en la S.T.S. 20/09/1989 y S.T.S. 30/11/1994; en la

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

responsabilidad extracontractual se presume la culpa, invirtiéndose la carga de la prueba, desde la S.T.S. 10/07/1943 y se aproxima a la objetivación, cada vez más, desde 1981.

Concretando lo anterior a la responsabilidad del médico y haciendo abstracción a la responsabilidad derivada de delito, es preciso partir de la naturaleza de su obligación, tanto si procede de contrato (contrato que, en principio, es de prestación de servicios, ya que sólo excepcionalmente es de obra, como puede ser en cirugía estética, odontología o vasectomía) como si deriva de una relación extracontractual, es una obligación de actividad (o de medios), no de resultado, en lo que es reiterada la jurisprudencia: entre otras muchas, SS.T.S. 08/05/1991, 20/02/1992, 13/10/1992, 2/02/1993, 7/07/1993, 15/11/1993, 12/07/1994, 24/09/1994, 16/02/1995, 23/09/1996 y 15/10/1996. La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado.”

Quando el mismo hecho constituye incumplimiento de una obligación y al mismo tiempo acto ilícito, el perjudicado podrá elegir entre invocar el art. 1902 o las normas contractuales infringidas. En casos de gravedad puede decirse que el incumplimiento del contrato de servicios lleva consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente, lo que justifica la aplicación de normas extracontractuales. Una actuación ilícita, bien por omisión de curas urgentes o bien por no prestación de la asistencia requerida encajará dentro de la responsabilidad extracontractual, exceptuando aquellos casos en los que constituya delito de omisión de socorro (art. 195.1 del Código Penal -C.P.-).

En el supuesto de responsabilidad del médico a veces concurren conjuntamente el aspecto contractual y extracontractual, ya que, como cualquier otro profesional, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato, ha de observar

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

la obligación genérica de no dañar a otro (“alterum non laedere”). La jurisprudencia, admitiendo dicho concurso, aunque no sin sentencias en otro sentido, se muestra inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales o las extracontractuales. Esta posición optativa le es muy favorable, ya que puede acogerse a las ventajas que ambas normativas ofrecen. Así, a la prescripción de la contractual (quince años), frente a la extracontractual (un año), o exigir indemnización por culpa levísima en esta última responsabilidad, lo que no es posible en la contractual, donde la diligencia se mide por la de un buen padre de familia según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104. párrafo 2, C.C.). En materia de prueba, mientras la culpa contractual ha de probarla el acreedor perjudicado, en la extracontractual ha de probar el deudor o causante del daño, su falta de culpa y de responsabilidad por presumirse, en virtud de un desplazamiento del "onus probandi", en principio, su culpabilidad. Por último, mientras es tendencia jurisprudencial civil en caso de existencia de varios responsables imponer entre ellos la solidaridad en garantía de los derechos del acreedor a un resarcimiento suficiente derivado del acto ilícito, no ocurre así cuando la responsabilidad deriva de incumplimiento de contrato, en cuyo caso la solidaridad ha de pactarse expresamente (art. 1723 del C.C.).

No obstante, es principio general en la jurisprudencia de la Sala Primera del T.S., la aplicación preferente de los aspectos acerca de la responsabilidad contractual, pues existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903 del C.C., que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido.

Y sobre esa concurrencia, sostiene la sentencia de esta Sala de 18/2/1997, *“que siguiendo a la de 1-4-1994, debe reconocerse como aplicable el principio inspirador de la jurisprudencia acerca de la llamada unidad de la culpa civil (SS.T.S. 24/03 y 23/12 1952, entre otras), que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

contrato y a la vez en un acto ilícito extracontractual, la doctrina comúnmente admitida es que el perjudicado puede optar entre una u otra acción cuando el hecho causante del daño sea al mismo tiempo incumplimiento de una obligación contractual y violación del deber general de no causar daño a otro, junto con los límites estrictos a que se ciñe la responsabilidad contractual en casos de coexistencia o conjunción con responsabilidad aquiliana, de manera que no es bastante que haya un contrato entre partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial (Sentencia -S- 9 Mar. 1983, entre otras muchas), criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida unidad conceptual (S.T.S. de 20 Diciembre 1991) que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos (S.T.S. de 11 Febrero. 1993) o yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible”.

Otro aspecto interesante a considerar es la inversión de la carga de la prueba y las excepciones a este proceder. Ya se ha adelantado que la Responsabilidad del médico, como tal profesional, en principio, se ubica dentro de la responsabilidad contractual, si bien, cuando no existe esa previsión del encargo realizado por el paciente, sobre todo por asistencia en los establecimientos sanitarios, o por circunstancias más o menos urgentes, se explica que se residence la materia dentro de la responsabilidad extracontractual, surgiendo entonces la cuestión de saber si también con respecto al médico debe jugar la inversión de la carga de la prueba. En principio, el mal obtenido o la no obtención del efecto terapéutico ¿determinará una presunción de culpabilidad en el médico?, o el paciente con demostrar el daño ¿provocará la culpabilidad del médico?.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Aquí la jurisprudencia, excepciona la excepción y afirma que aunque la responsabilidad médica sea extracontractual, en versión de la carga de la prueba, en principio, se presume la diligencia del médico. Para ello existen unas razones técnicas: la obligación que el médico asume cuando realiza un acto médico es una obligación de medios, no es una obligación de resultados, lo que significa que el médico cuando verifica un acto médico se compromete a desplegar la diligencia y medios adecuados, pero no garantiza el efecto terapéutico (la sanidad del enfermo); luego, entonces, hay que ser coherentes, pues el médico no se compromete a curar sino a intentar curar, por lo que hacerle responder por el daño inferido, supondría trastocar tales premisas. Revisaremos a continuación varias sentencias judiciales relativas a la inversión de la carga de la prueba:

S.T.S. 21/7/1997: "En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar incumplimiento. La jurisprudencia lo subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtenga, sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico".

S.T.S. 28/7/1997: "La sentencia del T.S. de 1 de julio de 1997, señala que las reglas relativas a la carga de la prueba que, según la jurisprudencia, corresponde al actor tratándose de responsabilidad médica, no se puede interpretar en un sentido tan amplio que se extienda a probar los hechos que impedirían u obstarían a que prosperara la pretensión, como el caso fortuito. Tampoco, en consecuencia, la mejor posición probatoria de los demandados en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

propio curso de la enfermedad (en este caso intervención quirúrgica) puede excusarles de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia, ni imprevisión por su parte".

S.T.S. 12/12/1998: *"Conforme a la doctrina más avanzada de esta Sala de casación civil, en materia de culpa médica, correspondía a los recurrentes (facultativos condenados previamente) haber probado que se empleó correcta praxis y se practicó el intubado con todas las condiciones de previsión, oportunidad y seguridad suficientes para evitar los gravísimos daños ocasionados, lo que llevaría a la posibilidad de poder contemplar supuesto de caso fortuito, cuya demostración cumplida corresponde a quien resulte demandado en asuntos como el presente (SS.T.S. 31/07/1996 y 29/07/1989)."*

S.T.S. 27/6/1997, referente a indemnización de daños y perjuicios por fracaso como método anticonceptivo de operación de ligadura de trompas: *"La Sala ha de insistir en su doctrina de que la responsabilidad médica es de medios y no de resultados, al incidir en estos la propia naturaleza humana, descartando toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, pues se establece en base a la concurrencia de necesarias relación de causalidad culposa (SS.T.S. 6 Nov. 1990, 8 Oct. 1992, 2 Feb. y 23 Mar. 1993 y 29 Mar. 1994, citadas todas en la de 16 Feb. 1995), ante la realidad de que los facultativos no pueden asegurar la salud, sino procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser algo de lo que se puede disponer y otorgar, siquiera son censurables y generadoras de responsabilidad civil todas aquellas conductas en las que se da omisión, negligencia, irreflexión, precipitación e incluso rutina que causen resultados nocivos, como sucedió en el supuesto contemplado en la última de las sentencias citadas de 16 Feb. 1995; también se ha declarado que, a la hora de calificar la naturaleza del contrato que une al paciente con el médico, ha de considerarse como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra pero acentuando el deber de información en los supuestos en que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, en que se acude al médico no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

biológica -la actividad sexual- en forma tal que no tenga que acudir a otros medios anticonceptivos fuera de la operación quirúrgica a la que se sometió con tal finalidad (véase la S. 25 Abr. 1994, referente al caso de una vasectomía, con resultado de embarazo de la esposa por falta de la información adecuada), supuesto en el que el contrato se aproxima a un arrendamiento de obra; pero la diferencia entre el caso de autos (ligadura de trompas) y el de la última sentencia citada (vasectomía) es que en este último hubo una deficiente información y en el que nos ocupa sienta la Audiencia que se produjo la suficiente (igual supuesto de falta de información, más consentimiento, adecuado con la consiguiente condena, en caso de ligadura de trompas con cesárea, ver S. 24 Mayo 1995). Respecto al cambio de doctrina jurisprudencial, con exigencia de responsabilidad objetiva, es llano que no puede establecerse con carácter general, según se interesa, pero habrá algún supuesto en el que se invierta la carga de la prueba exigiéndola a quién la tenga a su disposición y la oculte o no la lleve al proceso, que tampoco, es en el caso de autos, en el que, quizás, ambas partes litigantes pudieron controlar en la segunda operación de ligaduras de trompas el cómo y el porqué se produjo el fracaso de la primera ligadura tubárica, extremo que tampoco permite el cambio de doctrina legal. Si la hoy recurrente fue informada del riesgo de fracaso de la operación en un porcentaje del 1 al 3 por mil y aceptó el riesgo que se convirtió en realidad, no por ello se le produce indefensión, ya que la tutela judicial se produce con el acceso al proceso, la posibilidad de alegar cuanto estime pertinente, proponiendo las pruebas adecuadas que se consideren procedentes y obteniendo una sentencia fundada en derecho, aunque desestime la pretensión actuada, extremo el último que no permite cambiar la doctrina legal para dejar en muchos casos en indefensión a los facultativos. Por todo ello, el motivo ha de fracasar". La S. 24-6-1997, respecto del contagio del virus del sida a paciente en el curso de una transfusión sanguínea, señala: "El motivo sexto plantea la infracción del art. 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJAE), para lo que recurre al análisis de la ciencia médica para apoyarse en el hecho de que a la sazón no había medios seguros de detección del virus del SIDA y por ello no cabe condenar a la Administración. El motivo no puede estimarse porque la sentencia de instancia declara la omisión de información imputable a la dirección del hospital,

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

a lo que añade que no acreditó la toma de medidas ante la existencia del peligro, perfectamente conocido, como ya se ha dicho al decidir los anteriores motivos, y que permite hablar de daños por funcionamiento anormal del servicio".

Una novedosa alteración de este planteamiento se encuentra en la significativa S.T.S. de 25/4/1994, donde se razona en su fundamento jurídico 4º, refiriéndose a la Terapia perfecta: *"Que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico no para la curación de una dolencia patológica sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica, la actividad sexual, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente- tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención...."*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Y en la S.T.S. 28/6/1997: *“El contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, habiendo declarado la jurisprudencia que en aquéllos casos en que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, lo que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada (Cfr. T.S. 1ª SS. 21 Mar 1950 y 25 abr. 1994).*

Y se continua: *“si se considera el "lifting" como un contrato de arrendamiento de obra, lo que entraña para el cirujano -arrendador- una obligación de resultado, es evidente que dicho resultado de mejoramiento estético, en que el "lifting" consiste, no se ha obtenido en el supuesto litigioso, pues el paciente falleció cuando estaba casi recién salido del quirófano, después de habersele practicado la intervención de cirugía estética, sin que, obviamente, quepa la posibilidad, como parece sostener el recurrente, de predicar tal mejoramiento estético respecto de quien muere, y, por otro lado, si se califica el mencionado "lifting" como un contrato de arrendamiento de servicios, lo que entraña para el médico prestador del servicio una obligación de medios, y no de resultado, tampoco aparece diligentemente cumplido el expresado contrato, pues el cirujano hizo caso omiso de la obligación que a él le incumbía, conforme a las pautas profesionales -lex artis ad hoc- que le eran exigibles, de comunicar al intensivista, a la finalización del acto quirúrgico, la clase de operación realizada al paciente, así como los antecedentes del mismo y posibles complicaciones postoperatorias, que eran muy previsibles en la víctima”.*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

II.1.2.2. RESPONSABILIDAD PENAL

De las distintas responsabilidades que se le puedan exigir al profesional sanitario, sin duda la que mayor temor suscita es la responsabilidad penal. Y es que términos como prisión, inhabilitación, multa, “banquillo”, etc., son evidentemente intimidatorios.

Por otro lado, si existe un ámbito en el que se dé realmente la tan comentada perversión de la jurisdicción penal, es precisamente en la exigencia de responsabilidad médica. Y es que, representando el delito y la falta la transgresión de las más elementales normas de convivencia, habrá de ser, al menos teóricamente, toda la colectividad la que esté interesada en la punición de aquella conducta penal, y también teóricamente en la rehabilitación del infractor, y éste, que es el objetivo primordial de la jurisdicción penal, queda pervertido cuando esta vía, por su mayor rapidez, comodidad o eficacia, es utilizada únicamente para obtener una suma de dinero como indemnización individual.

En derecho penal para que exista responsabilidad es necesario en todos los casos probar que hubo culpabilidad. Y existen únicamente dos formas de culpabilidad: el dolo y la imprudencia. Actúa dolosamente quien sabe lo que hace y quiere hacerlo. Actúa en cambio con imprudencia quien omite la diligencia debida. En el dolo hay conciencia y voluntad mientras que en el delito imprudente la actividad del sujeto no va encaminada a la producción del resultado.

A su vez dentro del dolo se distingue entre el dolo directo y el eventual. En el dolo directo quien actúa prevé como seguro, o al menos eso desea, el resultado que se producirá con su conducta; en el dolo eventual sin embargo el autor se representa como muy probable o casi seguro el resultado y admite o se conforma con que ocurra, por lo que en mente se responsabiliza del mismo, lo que no ocurre en la imprudencia

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

en la que el sujeto o no prevé el resultado que era previsible, o lo prevé como muy improbable y tiene la esperanza de que no acaecerá.

Los supuestos de muerte o lesiones causadas por personal sanitario con dolo son muy excepcionales, por lo que la imprudencia es sin duda la forma de culpabilidad que suscita mayor interés en el ámbito sanitario.

Independientemente del tipo de imprudencia en la que puede incurrir un profesional se requiere:

- Una acción u omisión voluntaria realizada en el ejercicio profesional.
- Que tal conducta suponga culpa o negligencia (infracción del deber objetivo de cuidado que debe observarse, es decir, una conducta descuidada).
- Un mal efectivo y concreto, en nuestro caso para la salud de la persona.
- La relación de causa a efecto entre conducta y daño.
- La ausencia de dolo o malicia, pues si esta concurre estaríamos obviamente ante un delito doloso o intencional.

Según MONTERO JUANES (1999), desde una óptica generalista puede definirse la culpa, negligencia o imprudencia (los tres términos son sinónimos y utilizados indistintamente por la legislación, jurisprudencia, doctrina y foro, tanto en el pasado como en el presente, aunque actualmente tiene más aceptación el término imprudencia, y así ha sido adoptado en exclusiva por el C.P. de 1995) como aquella acción u omisión que vulnera un deber objetivo y concreto de cuidado, produciendo un resultado lesivo o dañoso directamente relacionado con la acción inicial, y, que por su naturaleza, era previsible y evitable, pudiendo ser imputado objetivamente al autor del acto inicial.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Se recogen en este concepto los tradicionales **requisitos o presupuestos de la imprudencia**:

La acción u omisión inicial (elemento objetivo).

Vulneración del deber de cuidado (elemento normativo).

Causación de un daño (requisito absolutamente indispensable, ya que estamos en presencia de una infracción que requiere en todo caso un evento lesivo: sin él, con independencia de la gravedad del acto, no puede hablarse de imprudencia).

Previsibilidad y evitabilidad del resultado (elemento psicológico).

Relación causa efecto entre la acción y el daño (elemento causal).

Sin embargo, no se puede entender la imprudencia sin tener en cuenta que la culpa no es un concepto monolítico, único, sin matices, sino todo lo contrario, y dentro de su ámbito caben tan importante e inmensa cantidad de acciones y omisiones humanas que, despachar tan rico instituto con tan escaso estudio, es realmente insuficiente.

La situación del ordenamiento jurídico español en torno a la culpa y a la responsabilidad por negligencia médica, fuera de las genéricas normas deontológicas y aquellas más específicas que regulan la asistencia sanitaria, en las esferas civil y penal es inexistente. No hay ninguna norma concreta que determine siquiera en qué consiste ni la culpa médica, ni la profesional, por lo que siempre habremos de recurrir para la calificación de estas conductas a los preceptos genéricos reguladores de la imprudencia en los Códigos Civil y Penal y a las construcciones que tanto la doctrina como la jurisprudencia han acuñado sobre ello.

El delito imprudente ha sufrido una importante modificación con la entrada en vigor del nuevo C.P. de 1995, el cual en su art. 12 establece que “ las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley”.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Hasta su vigencia, las leyes penales seguían un sistema de “*numerus apertus*” en la regulación de la imprudencia, ya que los tipos criminales estaban contruidos en referencia a una modalidad comisiva por dolo, no estableciendo modalidad imprudente. La imprudencia como elemento de la culpabilidad que convertía un acto humano en una infracción punitiva, se hallaba desarrollada en preceptos abiertos que definían las clases de imprudencia en referencia a actos humanos genéricos y no concretos, de tal forma que, en principio, cualquier delito de los tipificados en el C.P. podía inculminarse a título de imprudencia. Este era el sentido de los derogados arts. 565, 586.3 y 600, que sancionaban respectivamente la imprudencia temeraria y profesional, y las imprudencias simples y simples con infracción de reglamentos con resultado de muerte, lesiones o daños materiales.

Afortunadamente el texto legal de 1995 ha cambiado de forma radical esta concepción, habiéndose adoptado el sistema más correcto de “*numerus clausus*”, mediante el cual desaparecen las referencias inconcretas a la imprudencia y se establecen taxativamente aquellos delitos comisibles por culpa, de suerte que, si un determinado delito no tiene sancionada la forma imprudente, será en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad penal, impune. Ahora la técnica legislativa es la siguiente: el delito que se trate en cada caso se define en su forma dolosa y, si es posible su perfección culposa. En otro artículo se prevé la sanción correspondiente a la infracción negligente. Según MORALES PRATS (1996) con ello se consigue fortalecer el principio de legalidad y la seguridad jurídica, cumpliéndose además el designio de uno de los principios informadores básicos del derecho penal: el de intervención mínima, pues no en vano se considera que la imprudencia es el “*minus*”, en cuanto a su gravedad, respecto al delito doloso.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

De esta forma, se puede hacer una relación exhaustiva y limitativa de las infracciones penales que por imprudencia pueden cometer los profesionales médicos en el ejercicio de sus funciones, y son:

A / DELITOS:

Homicidio por imprudencia grave (art. 142.1).

Homicidio por imprudencia profesional (art. 142.3).

Aborto por imprudencia grave (art. 146.1).

Aborto por imprudencia profesional (art. 146.2).

Lesiones básicas (art. 147). Son las que causan una lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su curación, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, sin que la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión pueda considerarse tratamiento médico.

Lesiones muy graves (art. 149): son aquellas que causan la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica.

Lesiones por imprudencia grave (art. 152.1).

Lesiones por imprudencia profesional (art. 152.3).

Lesiones al feto por imprudencia grave (art. 158.1).

Lesiones al feto por imprudencia profesional (art. 158.3).

Alteración del genotipo por imprudencia grave (art. 159.2).

Sustitución de un niño por otro por imprudencia grave (art. 220.5 y 222).

Delitos contra la salud pública por imprudencia grave (art. 359 a 367).

B / FALTAS:

Lesiones del art. 147.2 por imprudencia grave (art. 621.1).

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Muerte y lesiones -siempre que éstas precisen tratamiento o causen deformidad- por imprudencia leve (art. 621.2 y 3).

Por lo que se refiere a la forma en que afecta o puede afectar al Médico y al Profesional sanitario el nuevo C.P., podemos decir que las novedades que representó en relación a la legalidad hasta 1996 son de diversa intensidad. Es nueva la regulación de la eutanasia, lesiones al feto, manipulación genética, delegación o abandono de asistencia o de los servicios sanitarios, revelación de secretos, mientras que se introdujeron modificaciones de mayor o menor entidad en la imprudencia, las lesiones, el aborto y la suposición de parto.

La imprudencia, sin embargo, continua siendo una pieza clave del sistema penal, sobre todo por lo que hace referencia al ejercicio de las profesiones sanitarias. Frente a la antigua terminología al uso, imprudencia simple e imprudencia temeraria, se utiliza ahora la disyuntiva entre imprudencia grave e imprudencia leve. Es por ello por lo que la imprudencia profesional se podría predicar tanto de la leve como de la grave y su apreciación implica una agravación de penas, habitualmente la de inhabilitación. Debe hacerse la distinción entre la imprudencia profesional y la imprudencia del profesional, pues no cualquier imprudencia cometida por un profesional debe merecer la agravación de la pena, sino la que se produzca con olvido de los mas elementales deberes.

En el delito de lesiones el nuevo código corrigió su excesiva amplitud, pues para considerarlas delito es preciso que requieran objetivamente para su sanidad una primera asistencia facultativa y tratamiento médico o quirúrgico, pero sin que se pueda considerar como tal tratamiento la simple vigilancia o seguimiento del curso de la lesión.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

El Código de 1995 distingue tres clases de imprudencia punible: grave, leve y profesional. Con ligeras modificaciones, la distinción tiene su origen remoto en el Código de 1944, que estableció la clásica distinción entre imprudencia simple y temeraria, bifurcando la primera en dos modalidades según que la acción imprudente acompañara la violación de un precepto reglamentario, en cuyo caso nacía la imprudencia simple antirreglamentaria, de mayor gravedad que la simple, mientras que configuró la que se denominó culpa profesional como una modalidad agravada de la imprudencia temeraria, que podía producirse por la concurrencia de cualquiera de dos condiciones: bien por impericia, bien por negligencia profesional.

Esta es la clasificación legal de la imprudencia que, con algunos retoques, ha subsistido hasta nuestros días, en los que la entrada en vigor del nuevo Código ha cambiado la nomenclatura de la tipología imprudente, y así la imprudencia temeraria ha pasado a llamarse grave, la impericia o negligencia profesional, de ser un subtipo agravado se convierte en una modalidad imprudente con sustantividad propia, olvidando la distinción entre impericia y negligencia. Ha desaparecido la imprudencia simple con infracción de reglamentos y la imprudencia simple ha pasado a llamarse leve.

Las consecuencias penales de cada clase de culpa son diferentes: la imprudencia grave y profesional son siempre delictivas (excepto en el caso de que la lesión que se causa sea la del art. 147.2) y llevan aparejadas penas de prisión de hasta 4 años e inhabilitaciones. La imprudencia simple es siempre constitutiva de falta, siendo sancionadas con pena de multa hasta de dos meses. La perseguibilidad de las imprudencias delictivas es siempre de oficio, mientras que las faltas se persiguen previa denuncia de la parte ofendida.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Una vez establecidos los requisitos comunes de la imprudencia, intentaremos, de manera sencilla, establecer los distintos tipos de la misma:

Imprudencia Profesional. Determinadas profesiones conducen a una exigencia de pericia en el actuar, conforme a lo que se denominan reglas profesionales o *lex artis*. Ello produce que su incumplimiento por culpa conlleve un plus punitivo. Aparece cuando se han omitido los conocimientos específicos que sólo el sujeto profesional, por su especial cualificación, posee, de tal forma que los particulares no tienen ese deber especial, pues carecen de los conocimientos precisos para actuar en el ámbito de los profesionales.

Así, la imprudencia profesional se refiere a la imprudencia, ineptitud o ignorancia de las reglas de la profesión, bien sea porque tales conocimientos no se poseen, o porque poseyéndose no se actualizan, o porque la actuación choca frontalmente con el actuar adecuado a la actividad de que se trate. Es decir, sería aquella imprudencia grave cometida por un profesional en el ejercicio de su ciencia, arte u oficio, que ha de ser debida a su ignorancia o a su inhabilidad, o aunque el profesional sea experto y conocedor de su profesión, a una actuación inexcusablemente contraria a lo que era esperable y exigible de su profesionalidad.

Y ello siempre que el resultado sea la muerte del paciente o la causación a este de las lesiones a las que se refieren los artículos 147.1, 149 o 150 del C.P. (pérdida o inutilización de un órgano o miembro principal o no principal, de un sentido, grave enfermedad somática o psíquica, deformidad grave o no, esterilidad o impotencia, o cualquier otra lesión que requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa tratamiento medico o quirúrgico siempre que no sea de menor gravedad); si no se produce alguna de estas consecuencias, por

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

más impericia ignorancia o vulneración de la lex artis que concurra, no podrá hablarse de imprudencia profesional.

Sin embargo, no todo hecho imprudente cometido por profesional es culpa profesional. En este sentido la doctrina viene distinguiendo entre culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél en el ejercicio de su profesión, y la culpa profesional propiamente dicha, que descansa en la ineptitud o en la impericia, por vulneración de la lex artis, esto es, encuentra su razón tanto en la ignorancia como en la ejecución defectuosa. El plus de antijuridicidad y punición se fundamenta en la presunción de competencia que tiene el profesional, conocedor de un arte, profesión u oficio, siendo totalmente imperdonable que una persona que pertenezca a una profesión o actividad proceda de modo indocto, produciéndose con ignorancia suma de las reglas fundamentales del ejercicio profesional o con singular descuido o ligereza (S.T.S. 28/9/92 y 22/4/88). Son pues sus requisitos los siguientes:

A/ que el sujeto sea un profesional,

B/ que se halle en el ejercicio de las funciones propias de su oficio, y

C/ que se produzca una especial transgresión de específicos deberes que sólo al profesional atañen en virtud de su preparación, o bien que se comporte con una impericia soez.

La imprudencia grave es la omisión de aquel cuidado o diligencia, de aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente. Una acción se comete con imprudencia grave cuando el que la ejecuta no mide ni precave sus posibles consecuencias y se expone irreflexivamente a producir un daño en las personas o en las cosas que pudo y debió evitar. *En todo caso, para ser castigada debe producirse un resultado dañino como consecuencia de esa imprudencia grave.* La imprudencia profesional deriva, como ya hemos dicho, de un acto para cuya

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

ejecución se precisa una habilidad o técnica que no pueden ser exigidas a quien no es profesional de la materia de que se trate, mientras que la imprudencia grave cometida por el profesional supone igualmente un acto realizado en el ejercicio de su actividad, pero no en el ámbito de esa técnica o habilidades especiales que su titulación cualificada le confiere. En realidad, la imprudencia profesional no es sino una imprudencia grave cualificada por la ignorancia, la inhabilidad, la torpeza o la palmaria vulneración de las normas de la *lex artis*. Si el daño no se debe a ese desconocimiento o ineptitud profesionales sino a un descuido, a un olvido, a una omisión, sin relación directa con las reglas técnicas del ejercicio profesional, ya no estaremos ante imprudencia profesional sino ante una imprudencia grave no profesional y por tanto sin cualificación, sin agravación, sin imposición de la pena de inhabilitación especial.

Como afirma la S.T.S. de 18/6/1993, la omisión meramente debida generará la imprudencia leve, en tanto que la imprudencia grave se consumará cuando se deja de prestar la atención indispensable o elemental. La imprudencia grave supone la eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los más elementales o rudimentarios cuidados exigidos por la vida de relación, que cualquier persona media hubiera guardado en evitación de daños, ya que el resultado es fácilmente asequible a la generalidad en un comportamiento normal.

La imprudencia grave es el más alto grado en la escala de la culpa y entraña el desprecio personal a los más básicos deberes de convivencia, exigibles a la persona más descuidada, porque pertenecen a las normas más elementales de la sociedad, que por ello deben ser observados por todos.

Finalmente, la imprudencia leve es, según DE LORENZO Y MONTERO (2000), la omisión del cuidado y la atención que cualquier persona debe poner de ordinario al ejecutar un hecho capaz de perjudicar a otro. La culpa leve ocupa el escaño inferior de la escala culposa, apreciándose cuando el sujeto no ha extremado

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

la diligencia para evitar un suceso dañoso, cuando no ha apurado todas las posibilidades de prevenir lo que era previsible, o bien cuando no adoptó todas las posibilidades de evitación del mal. La gravedad del resultado, por difícil que sea de entender, no influirá en absoluto en la catalogación de la infracción punible.

En la imprudencia leve se acusa la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales del hecho concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance. En consonancia con la levedad de la infracción que la imprudencia leve supone, el código penal no solamente la tipifica como falta, sino que también la excluye de la persecución de oficio (por el Juez o el Ministerio Fiscal), requiriendo para su castigo la previa denuncia del ofendido o de su representante legal. Al igual que la imprudencia profesional o la grave, para que se castigue la imprudencia leve ha de producir un resultado, un mal a las personas que constituiría delito si hubiera sido intencionado; de forma que si ese mal causado por simple imprudencia no precisa tratamiento médico o quirúrgico o requiere solamente una primera asistencia facultativa, ni siquiera cabrá considerar la conducta que lo ocasione como imprudencia leve: no existirá ni falta penal ni mucho menos delito.

Pero no son tan claras las barreras entre ambas clases de culpa como del mero examen de sus presupuestos pudiera deducirse. Lo cierto es que, como en tantas ocasiones, los límites son difusos. De hecho, la reforma del C.P. de 1995 puede aclarar algo la discutida y discutible interpretación que la jurisprudencia del T.S. y otras resoluciones judiciales inferiores han hecho durante la vigencia del C.P. de 1973 de la modalidad agravada de la imprudencia profesional. Hay que tener en cuenta que según el art. 565.2 del C.P. de 1973 la imprudencia profesional llevaba aparejada la aplicación del grado máximo de la pena correspondiente al delito imprudente cometido, de suerte que si el resultado era la muerte, la pena a imponer iba desde los

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

4 años, 2 meses y 1 día a los 6 años de prisión, pudiendo en caso de extrema gravedad elevarse la sanción penal 1 ó 2 grados, con lo que la sanción penal podría alcanzar los 20 años de prisión. El C.P. de 1995, afortunadamente, puso fin a esta anacrónica situación, y a la pena ordinaria correspondiente al delito imprudente básico añade la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión hasta por 6 años. La consecuencia de todo ello es que, hasta la vigencia de la nueva norma básica punitiva, nuestros tribunales han evitado la aplicación del tipo agravado en función de su extrema penalidad, acudiendo según JORGE BARREIRO (1997) a criterios como el de concurrir “un extremo pero común descuido” o a los principios de legalidad, seguridad jurídica o proporcionalidad recogidos en la Constitución. De esta forma, no han existido criterios claros y coherentes que fundamentaran la agravación, debido a esa tendencia de los órganos jurisdiccionales a eludir su aplicación.

II.1.2.2.3. RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA

Tal y como refiere ASENSI (1999), la reforma de la responsabilidad profesional sanitaria es fruto de un complejo entramado normativo formado por una nueva ley y la reforma de otras. La norma marco es la Ley Orgánica 6/1998, de 13 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para reconducir, con rango suficiente, las reclamaciones de responsabilidad a la jurisdicción contencioso-administrativa. La nueva Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa regula el procedimiento judicial en el que la Administración absorbe las reclamaciones por negligencias cometidas por el personal a su servicio. El procedimiento que debe seguirse para la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública antes de ir a juicio es el establecido en el Real Decreto (RD) 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial. Y citar finalmente como texto legal fundamental la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (RJAPPAC), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

La Constitución proclama el derecho de los pacientes a ser indemnizados por los daños que sufran con motivo de la asistencia sanitaria (art. 106.2), pero remite los términos en que tal derecho se concreta a lo que dispongan las leyes.

Así, la Ley 30/1992, de RJAPPAC, modificada por Ley 4/1999, establece que *“Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre”*. La aplicación de este artículo al ámbito sanitario supone que la responsabilidad de los médicos por las actuaciones realizadas en el ejercicio de sus funciones recae sobre la Administración de la que depende. Es decir, la entidad pública responde por el médico.

Y el mismo texto legal, señala en su art. 145.1 que *“los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”*. Aquellos pacientes que pretendan obtener una indemnización por daños fundamentada en la existencia de responsabilidad profesional, deberán dirigirse contra la entidad gestora de la que depende el facultativo presuntamente responsable de los daños acaecidos. Los particulares que entiendan haber sufrido daños derivados de una actuación irresponsable del facultativo, ya no podrán denunciar a éste en la jurisdicción civil, sino que su reclamación deberá dirigirse en cualquier caso a la Administración sanitaria ante la jurisdicción contenciosa.

Asimismo la L.O. 6/1998, de 13 de Julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial en su exposición de motivos señala que *“se reforma el artículo 9.4, estableciéndose en su último inciso que, si a la producción del daño hubieran concurrido*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

sujetos privados, el demandante -paciente- deducirá su pretensión frente a esos sujetos privados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo". Y concluye la exposición de motivos: "Por sujetos privados hay que entender aquellos que no estén al servicio de los poderes públicos actuantes en cada situación; la responsabilidad de quienes sí lo están se exigirá en todo caso, en los términos de la Ley 30/92". Esta precisión es de enorme trascendencia para los médicos. Supone, por un lado, que el médico no se sentará automáticamente en el banquillo contencioso, sino sólo si el paciente lo demanda o si al mismo profesional le interesa ser parte en el proceso. Por otra parte es poco común que en el ámbito sanitario un sujeto privado (es decir, ajeno a la Administración) participe en la producción de un daño. Se produciría si un daño se produce por fallos en un dispositivo mecánico o por defectos en el material empleado por el médico, en cuyo caso la empresa que los haya fabricado sería un sujeto privado, cuya responsabilidad -junto a la de la Administración Sanitaria- se depuraría en lo contencioso.

Siguiendo a ROIG SERRANO (1998), podemos destacar las siguientes notas esenciales que caracterizan a este tipo de responsabilidad:

1) La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños y perjuicios causados a los particulares por las autoridades y personal a su servicio es una responsabilidad directa (no subsidiaria) y objetiva, pues se impone siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; por lo tanto, a la hora de determinar la responsabilidad es indiferente la culpa o negligencia del médico que haya actuado en el ejercicio de su profesión; bastará para ello con que la lesión sufrida por el perjudicado provenga de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar.

2) Únicamente se excluyen de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública los daños producidos por fuerza mayor. Eso significa, en

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

principio, que ésta es responsable de los daños causados por caso fortuito (se entiende por fuerza mayor un suceso imprevisible o inevitable y extraño al funcionamiento del servicio de que se trate; mientras que se entiende por caso fortuito un suceso imprevisible o inevitable que sea inherente al funcionamiento del servicio).

La Ley 4/1999 intenta diferenciar los daños potencialmente indemnizables de aquellos que no lo son:

“141.1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.”

Y es que no todo daño acaecido en un centro público genera derecho al resarcimiento, sino sólo aquél que el paciente no tenga el deber jurídico de soportar. La jurisprudencia contenciosa más reciente sostiene que el paciente tiene que soportar los riesgos estadísticos inherentes a una intervención, siendo condición necesaria que el paciente haya sido previamente informado de ellos y de las alternativas posibles para, en su caso, poder optar por no someterse a esa terapia, sino a otra. Por este motivo, la materialización de riesgos estadísticos de una intervención si genera responsabilidad cuando falta consentimiento informado.

“141.2 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”. Este inciso trata de acabar con las reclamaciones por daños indetectables, como fueron en su día los contagios transfusionales de sida y son aún hoy los debidos a VHC. Esta nueva previsión choca con fuerza con reiterada jurisprudencia, incluso tras la entrada en vigor del citado texto legal (S.T.S. de la Sala de lo Civil de fecha 28/12/1998, S.T.S. de la Sala de lo Social publicada en DM el 18/05/2000 o S.T.S. de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de fecha 5/10/2000)

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

que califica este supuesto de caso fortuito. Con tal modificación parece que la Administración amplía también el concepto de fuerza mayor hasta ahora vigente pretendiendo con ello guardarse las espaldas ante la reciente avalancha de sentencias que siguen criterios de una responsabilidad objetiva no muy bien definida.

3) El carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración Pública no es obstáculo para la necesaria relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

4) Se exige de oficio una acción de repetición por parte de la Administración Pública contra las autoridades y demás personal a su servicio causantes del daño en los casos de dolo o culpa o negligencias graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca (art. 145.2 de la Ley 4/1999). Para la exigencia de dicha responsabilidad se valorarán el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. Es interesante adelantar que, hasta la fecha, no se contempla en las pólizas -al menos, que yo haya visto- la subrogación del asegurador en esta acción de repetición.

Sin embargo, se plantea la duda de cómo el Insalud va a repetir la indemnización si resulta que ya la ha pagado el seguro público. En opinión de PADILLA (1999), presidente de la comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, *"mientras el seguro público cubra la responsabilidad patrimonial, la Administración nunca podrá repercutir la indemnización en el médico, pese a la orden taxativa que la ley parece contener"*. El razonamiento de PADILLA es el siguiente: *"El artículo supedita la repetición sobre el empleado público a que la Administración haya indemnizado al lesionado. Cuando el seguro interviene, no es la Administración la que indemniza, sino la póliza"*. Por este motivo, *"el Insalud no puede repetir en el médico,*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

pues no ha pagado". Es más, "no hay repercusión posible, pues se produciría, además, un enriquecimiento injusto del paciente".

La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo en su art. 21 establece que *"Se considera parte demandada: (...) b) Las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante"*. Así, la aceptación de una demanda presentada exclusivamente contra la Administración sanitaria puede afectar al médico que participó en la asistencia al paciente. Por ejemplo, si la sentencia emite en los fundamentos de derecho juicios de valor sobre la actuación facultativa, éstos podrán ser utilizados por la Administración para reclamar luego al profesional que le devuelva la indemnización pagada a través de la condena. Por este motivo, el articulado anterior habilita al médico a personarse en el proceso incluso si no le demandan, pues es patente que sus derechos o intereses legítimos pueden quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

La misma Ley, en su art. 49.1 refiere que *"La resolución (administrativa) por la que se acuerde remitir el expediente (al tribunal) se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días"*. Este artículo vuelve a incidir en la necesidad de que el proceso se desarrolle en presencia de todos aquellos que puedan verse afectados por la resolución que el tribunal adopte, o que por lo menos tengan conocimiento de su incoación, y por ello la Administración deberá comunicar al médico la existencia del proceso en el que seguramente tendrá un interés directo.

Dentro de la regulación relativa a la tramitación del proceso, otro de los artículos relevantes para el profesional de la medicina de la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es el referente a la obligación de la

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Administración de remitir al órgano judicial el expediente relacionado con los hechos que se están enjuiciando: *“El expediente original o copiado se enviará completo, foliado y en su caso autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga”* (art. 48). Para tratar de impedir que la Administración oculte datos esenciales para la resolución de la causa se considera la posibilidad de imponer sanciones económicas (art. 46.7) e incluso de comunicarlo al Ministerio Fiscal para que inste las oportunas responsabilidades penales (art. 48.10).

Existe gran polémica en torno a si deben sustanciarse las demandas en vía de jurisdicción civil o contencioso administrativa, cuando la intervención dañosa ha ocurrido dentro de la asistencia sanitaria a cargo de una institución pública, generalmente el INSALUD, o la correspondiente entidad sanitaria autonómica.

La Ley 4/1999, modificadora de la Ley 39/1992, de RJAPPAC, en la Disposición adicional duodécima hace referencia expresa a responsabilidad en materia de asistencia sanitaria: *“La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”*.

Es también de enorme trascendencia la Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, que en su art. 2 establece que *“El orden contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) e) la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órganos jurisdiccionales civil o social". Cuando la vía administrativa no logra satisfacer las pretensiones del paciente, es posible acudir a la vía judicial, en cuyo caso el médico también puede verse implicado. Eso sí, la ley deja claro que la responsabilidad patrimonial de la Administración sólo puede enjuiciarse en los tribunales en lo contencioso. Las vías civil y social quedan excluidas de los asuntos en que se trate la responsabilidad patrimonial de la Administración, aunque algunos juristas entienden que esto no les impedirá enjuiciar los daños sanitarios, tal y como podremos comprobar en S.T.S. de la Sala de lo Social de 19/4/99 que posteriormente revisaremos.

De acuerdo con esta norma, si un paciente interpone una demanda contra un médico de un centro público o de un centro concertado por daños ocurridos en la asistencia a un paciente remitido por la Seguridad Social, el juez de lo civil se tendrá que inhibir, es decir, negarse a estudiar el asunto y remitir la demanda al tribunal de lo contencioso competente: la Audiencia Nacional para el Insalud, y los Tribunales Superiores de Justicia para las autonomías con competencias sanitarias transferidas.

La unificación de las reclamaciones por daños cierra las vías civil y social, pero no la penal, siempre que la conducta del médico constituya delito o falta. En opinión de algunos magistrados, -como MARTÍNEZ PEREDA (1998), de la Sala Penal del Tribunal Supremo, o PEDREIRA (1998), de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid- es probable que, a corto plazo, se produzca una inflación de denuncias o querellas penales contra médicos. Será la reacción natural *"del paciente impaciente"*, en palabras del primero de ellos, para *"evitar la lentitud de lo contencioso"*. Entre la responsabilidad objetiva de lo contencioso y la falta de cuidado que exige el delito penal hay un abismo, pero no es tanta la distancia entre algunas conductas sancionable en vía contenciosa y la falta. Para apreciar una falta penal, basta que haya un descuido pequeño, pero de un deber médico nuclear, como operar

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

sin desfibrilador o no supervisar directamente la reanimación tras la anestesia. La falta permite declarar la responsabilidad civil, que es lo que en definitiva busca, muchas veces, el paciente.

El artículo 139 de la Ley 30/1992, de RJAPPAC, establece el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, es decir, que no se menciona la culpa o negligencia como elemento constitutivo de la responsabilidad patrimonial.

La regulación general de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que se regula en la Ley de RJAPPAC y por su Reglamento en materia de Responsabilidad Patrimonial, obliga a las Administraciones a responder directamente ante el paciente por el funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario, sin exigir, pero también sin descartar, ningún tipo de imprudencia, que tanto puede ser la grave o la leve, como incluso la simple culpa civil. Sin embargo, lo normal es que el paciente elija introducir su reclamación por la vía penal antes que seguir el expediente administrativo y el largo recurso contencioso-administrativo posterior para obtener la indemnización, pues la vía penal es más rápida y menos costosa.

En el proceso administrativo el artículo 142.5 de la Ley de RJAPPAC dispone que, en caso de daño de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo de prescripción es de un año, que empezará a computarse desde la curación o desde la determinación del alcance de las secuelas.

Los procesos penal y civil se interponen directamente ante el Juzgado o Tribunal competente para conocer del asunto, a través del procedimiento legalmente

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

establecido según la gravedad del delito de que se trate o la cuantía de la indemnización que se solicite, mientras que para acudir al proceso contencioso administrativo es preciso haber agotado con anterioridad el procedimiento de responsabilidad patrimonial regulado en el RD 429/1993, de 26 de marzo, en desarrollo de la Ley de RJAPPAC.

En relación a la competencia de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, es esclarecedora la S.T.S. de la Sala de lo Social de 19/4/99:

“ANTECEDENTES DE HECHO: (...)

TERCERO.-

1.- Para dar respuesta a las cuestiones planteadas es necesario hacer referencia a la sucesiva normativa aplicable y a la evolución jurisprudencial en orden a la competencia y presupuestos de la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria.

2.- En especial, para los hechos acaecidos con posterioridad al 14-XII-1998, se ha producido una unificación por vía legal del orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Administración de la Seguridad Social asignándose a la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, en cuanto se refiere a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas:

a) El ya vigente art. 9.4.II Ley Orgánica del Poder Judicial -LOPJ- (Ley Orgánica 6/1998 de 13-VII) asigna al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento "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 derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante ese orden jurisdiccional";

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

b) Desarrollando este precepto, el art. 2.e) de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativo -LJCA- de 1998 (Ley 6/1998 de 13-VII) establece expresamente que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con "la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social", habiendo entrado en vigor este precepto el día 14-XII-1998; y

c) En el ámbito del procedimiento administrativo, en el art. 2º.3 Ley 4/1999 (de modificación Ley 30/1992, de 26-XI, de RJAPPAC, BOE 14-I-1999), en vigor desde el 15-IV-1999, se dispone que "la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso".

3.- Hasta dicha fecha los tres ordenes jurisdiccionales habían venido conociendo de estas cuestiones, con pretendido fundamento el orden civil en el carácter residual de su competencia y en tratarse de culpa extracontractual (entre otras, SS.T.S. 14/XI/1992, 10/II/1999 y 9/III/1999), el orden contencioso-administrativo por constituir un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración (entre otras, SS.T.S./III 10/II/1998 -recurso 11532/1990 y 18/X/1998 -recurso 2356/1994) y el orden social por tratarse de exigir las consecuencias de una prestación de asistencia sanitaria deficiente (entre otras, SS.T.S./Social 24-IV-1990, 5-VI-1991, 20-IV-1992, 21-IV-1993, 10-VII-1995, 9-II-1996, 20-IX-1996, recurso 3920/1995, 19-XII-1996, recurso 2605/1996, 16-I-1997, recurso 904/1996, 18-IX-1997,-recurso 1003/1997, 22-XII-1997 -recurso 1969/1997). Inclinándose la jurisprudencia de conflictos a favor de la competencia del orden contencioso-administrativo.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

CUARTO.-

1.- No obstante, los distintos órdenes jurisdiccionales en cuanto a la interpretación de los presupuestos para la exigencia de responsabilidad en tales casos han ido progresivamente acercando su doctrina, inspirados por los principios deducibles de los arts. 106.2 de la C.E., 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26-VII-1957 y 139 de la Ley 30/1992 de 26-XII. En esta línea:

a) La jurisprudencia civil, en un supuesto de fallecimiento como consecuencia de una anomalías relacionadas con el sistema de anestesia argumenta sobre "la existencia de unas negligencias no médica ni instrumentalmente particularizables ni por tanto susceptibles de individualización, sino generalizadas y por tanto imputables al Insalud" y que "en unos organismos sanitarios como los actuales, montados en la generalidad de los casos sobre los esquemas de la Seguridad Social, son estos entes los responsables en supuestos como los en este recurso ofrecidos de los defectos del sistema, de la instrumentalización y del funcionamiento en fin, cuando de ello puedan resultar daños o perjuicios para los asistidos en los referidos Centros, dado que, además los mismos son... personas jurídicas de derecho público, razón por la cual es también de tener en cuenta en orden a la atribución de esta responsabilidad los arts. 41, 43 y 106.2 de la C.E. así como lo dispuesto en el 40 de la LRJAE de 26/7/1957, que por cierto dio una nueva dimensión al art. 1903 del C.C., preceptos todos ellos para cuya aplicación en estos casos a la vez que para exégesis de los art. 1902 y 1903 C.C., es de tener en cuenta el art. 3.1 del C.C, en orden a la interpretación de las normas en relación con 'la realidad social del tiempo en que hayan de ser aplicadas' (S.T.S./I 4-XI-1992-recurso 1732/1990). En otros supuestos, relativos a contagio a través de transfusión sanguínea la jurisprudencia civil utiliza la que denomina "vía de la responsabilidad patrimonial cuasiobjetiva derivada de actos dañosos efectuados por la Administración pública a través de sus autoridades y demás personal" (S.T.S./I 9-III-1999).

b) Por su parte, el orden jurisdiccional contencioso-administrativo ha declarado, en cuanto ahora nos afecta, que: a) Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración es dable concretarlos en la concurrencia de una lesión

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

patrimonial equivalente a daño o perjuicio, que esta lesión pueda ser definida como daño ilegítimo, que el vínculo entre la lesión y el agente que la produce implique una actuación del poder público en uso de sus potestades públicas y, por último, que la lesión ha de ser real y efectiva, debiéndose dar el necesario nexo causal directo e inmediato entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado (entre otras, SS.T.S./III 14-V-1994, 4-VI-1994, 2-VII-1994, 27-IX-1994, 7-XI-1994, 19-XI-1994, 11-II-1995 -recurso 1619/1992, 25-II-1995 -recurso 1538/1992, 28-II-1995, 1-IV-1995, 10-II-1998 -recurso 11532/1990, 28-X-1998 -recurso 2356/1994); b) Es imputable a la Administración la carga de la prueba (entre otras, SS.T.S./III 25-V-1984 y 8-III-1986), siendo ésta la que debe acreditar la debida diligencia en la prestación del servicio (entre otras, S.T.S./III 28-X-1998).

2.- Análoga línea interpretativa ha seguido la jurisprudencia de lo social con respecto a los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración y de su exoneración. Así, entre otras:

a) La S.T.S./Social 5/VI/1991, en un supuesto de contagio por transfusión sanguínea, argumentaba que "estas son circunstancias eventuales, que, afortunadamente, se producen raramente, quizá es posible que no haya medio de detectar que el medicamento está en malas condiciones, como en el caso enjuiciado parece que no pudo detectarse la infección de la sangre, esta eventualidad es lo que en términos coloquiales se denomina un caso desafortunado y en términos jurídicos un caso fortuito, supuesto que como es sabido excluye la culpa, pero no la responsabilidad objetiva, ésta sólo queda descartada por la fuerza mayor, y para que esta concorra se precisa una necesidad e inevitabilidad ausentes en el supuesto enjuiciado".

b) En un supuesto análogo, la ulterior S.T.S./IV 22-XII-1997 (recurso 1969/1997), reitera los requisitos para la exigencia de responsabilidad, pero matiza el concepto de "fuerza mayor" afirmando concurre "cuando "la prevención era imposible y externa a la actuación del demandado recurrido, pues no se conocía el medio de detectar la posible infección cuya investigación correspondía a otras instituciones, e incluso conociendo la existencia del virus, pero no la forma de protegerse de sus efectos al desconocerse la manera de detectarlo,

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

indudablemente no se le podía exigir que suspendiera todas las transfusiones que en aquél momento practicaba dentro de todo el Estado".

No obstante, recientes sentencias permiten demandar a la Aseguradora de Responsabilidad Civil de la Administración en vía civil (Sentencia de la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo de fecha 12/06/2000 o Sentencia de la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Burgos de fecha 15/06/2001), concretamente cuando la parte actora sólo dirige su pretensión indemnizatoria contra la Aseguradora de la entidad pública.

Para finalizar con la revisión de la responsabilidad administrativa entendemos sumamente interesantes dos artículos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Por un lado, el art. 54.2 que dice: *“Si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación administrativa recurrida pudiera no ajustarse a derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de veinte días para comunicar su parecer razonado a aquélla”*. El legislador pone en manos de los letrados al servicio de la Administración la posibilidad de evitar procesos absurdos en la medida en que ya exista al respecto un criterio judicial consolidado y favorable al paciente. Así, una vez iniciado el proceso el defensor de la Administración, si considera fundadas las pretensiones del paciente, puede solicitar al tribunal la suspensión del pleito y comunicar al ente público las razones por las que cree necesario finalizar el proceso accediendo a lo solicitado por la demanda. El criterio del letrado defensor de la Administración no es vinculante para ésta.

Y por otra parte, el tribunal de lo contencioso se convierte en tribunal arbitral a tenor del contenido del artículo 77: *“En los procedimientos en primera o única*

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

instancia el juez o el tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio verse sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad". La Ley establece la posibilidad de finalizar el procedimiento mediante la conciliación, mediante la cual, a iniciativa del juez o de las partes, se puede someter la reclamación de responsabilidad sanitaria a una previa discusión de las personas implicadas (pacientes que demandan, Administración, médicos, aseguradoras de la responsabilidad civil, etc.) para que puedan alcanzar un acuerdo que ponga fin al proceso judicial.

No podemos dejar de reflejar que el silencio administrativo es el sistema común de la Administración sanitaria para manifestar que rechaza una reclamación por daños. Esta indiferencia no es gratuita: en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 6/09/1996, ha condenado al Insalud por negligencia, pero -precisamente por no responder la reclamación- le ha impuesto el devengo de intereses desde que se presentó una queja en el centro, lo que supuso duplicar la indemnización.

II.1.2.2.4. RESPONSABILIDAD juzgada en la vía SOCIAL.

Fue a principios de los años ochenta cuando la Jurisdicción Social empezó a reclamar su competencia en temas de responsabilidad profesional medica al entender que a ella incumbían las cuestiones litigiosas que se promovieran en materia de Seguridad Social, al considerar que exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente no podía fundarse en la existencia de una culpa extracontractual, sino en el desarrollo mismo de la acción protectora del Sistema de Seguridad Social.

El problema radicaba en que, mientras por un lado el artículo 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (RD 2/1995, de 7 de abril) daba pie a defender la

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

competencia del orden Social, los artículos 40 y 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado permitían sostener la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la jurisdicción civil.

Aunque durante una época cada Sala del T.S. admitió la competencia de su correspondiente jurisdicción, finalmente, de un lado la Ley 30/92 de RJAPPAC y, fundamentalmente, el Auto de la Sala de Conflictos del T. S. de 7 de Julio de 1994, ratificado después en la sentencia del tribunal de conflictos de jurisdicción de 22 de diciembre de 1995, quisieron resolver la polémica, al establecer estos últimos que la regulación unificadora en los aspectos procedimental y jurisdiccional arbitrada por la Ley 30/92 en punto a la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas es aplicable a la que pueda exigirse a las entidades, servicios y organismos de la Seguridad Social por los daños y perjuicios ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria.

No obstante, la Jurisdicción Social siguió manteniendo su competencia, pues entendía se trataba de reclamaciones de beneficiarios de la Seguridad Social, o reclamaciones que por su realización en el tiempo no caían aún bajo la aplicación de las nuevas leyes, y siguiendo en general la teoría tradicional de que no se trata simplemente de una acción debida al funcionamiento de los servicios públicos, sino más precisamente “de una acción derivada de la defectuosa asistencia producida a un beneficiario de la Seguridad Social en el ámbito de la prestación comprendida en la acción protectora del sistema, y el daño es consecuencia de prestación sanitaria deficiente (SS.T.S./Social 24/4/90, 5/6/91, 20/4/92, 21/4/93, 10/7/95, 9/2/96, 19/12/96, recurso 2605/96, 16/1/97, 18/9/97 -recurso 1003/97-, 22/12/97 -recurso 1696/97-), y, en fin, la falta de fijeza sobre el particular en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

Pero a partir de la Ley 29/1998 de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que desarrolla lo preceptuado en la Ley 6/1998 del Poder Judicial y, posteriormente, la Ley 4/1999, en el ámbito del procedimiento Administrativo, se unifica por vía legal el orden jurisdiccional competente para conocer de las pretensiones indemnizatorias de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria por parte de la Seguridad Social, asignándose a la jurisdicción contencioso administrativa (a favor de cuya competencia ya se había inclinado la jurisprudencia de conflictos en amplísima jurisprudencia, ya señalada).

En la jurisdicción social se demanda sólo al Insalud porque la demanda no se basa en la culpa o negligencia del médico, sino en la producción de un daño como consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario.

Al igual que ocurre en el proceso contencioso administrativo, para acudir a la Jurisdicción Social es preciso haber agotado con anterioridad la vía administrativa previa de acuerdo con el art. 71 de la Ley de Procedimiento Laboral. La S.T.S. de 19/04/1999, recientemente aludida establece el estado actual de la cuestión.

II.1.2.2.5. RESPONSABILIDAD desde el punto de vista CONSTITUCIONAL.

Revisada por RUIZ VADILLO en el IV Congreso de Nacional de Derecho Sanitario (1998), haciendo referencia a la incidencia que en la responsabilidad profesional tienen los derechos fundamentales recogidos en la Constitución, hecho que motivó un tratamiento diferente al aplicado en la responsabilidad civil o penal.

La presunción de inocencia ofrece un ámbito muy preciso y concreto y por ello hay que distinguir cómo lo ha hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El derecho a la presunción de inocencia no puede quedar reducido al estricto campo del enjuiciamiento de las conductas presuntamente delictivas, sino que debe considerarse también en la adopción de cualquier resolución, tanto administrativa

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

como jurisdiccional, que se base en la condición o conducta de las personas y de cuya apreciación se derive un resultado condenatorio o limitativo de derechos (Sentencias del Tribunal Constitucional -SS.T.C.- 13/82, 52/89 y 139/90), sin que de ello pueda deducirse la aplicación del mencionado derecho fundamental, sin más, a todos los procesos civiles y a la apreciación de la prueba en ellos, pues la extensión del mismo al ámbito probatorio civil y, en consecuencia, la posibilidad de un enjuiciamiento en vía de amparo constitucional sólo procede en supuestos excepcionales y tras ponderar las excepcionalidades que concurran en cada caso (S.T.C. 52/89).

En cambio, todo el haz de derechos fundamentales que se contemplan en la Constitución, que no son privativos del proceso penal, obviamente han de aplicarse a los procesos civiles (art. 24 de la C.E.): derecho a la tutela judicial efectiva en el derecho de los derechos e intereses legítimos, prohibición de indefensión, juez ordinario predeterminado por la ley, defensa y asistencia de letrado, el derecho a un proceso justo con todas las garantías y sin dilaciones indebidas, derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes, etc., y también, entre otros, el derecho a la igualdad que se recoge en el art. 14 de la Constitución Española.

En todo caso, los jueces y tribunales están obligados a utilizar siempre el mismo criterio para interpretar una norma, a salvo de los supuestos en los que por distintas circunstancias se estima procedente, y siempre con la oportuna motivación (art. 120.3 de la C.E.) que ha de ser obviamente razonable. Además de la exigencia de proporcionalidad, que es un valor inseparablemente unido al de justicia. Esto último puede afectar al importante tema de las indemnizaciones reguladas por baremo, siempre que éste se construya conforme a principios que de ninguna manera vulneren principios constitucionales como puede ser el de igualdad.

II. Introducción.

1. Responsabilidad por Malpraxis Médica.

El citado autor (RUIZ VADILLO, 1998) hace una consideración al tratamiento de las imprudencias civiles y penales, aclarando que si se trata de imprudencias penales juega el principio de inocencia del art. 24.2 de la C.E., pero sólo respecto a la prueba del hecho, y no a la apreciación que del mismo obtenga razonada y razonablemente el juzgador. A este respecto, el Tribunal penal podrá declarar que el hecho no se produjo o que en él no tuvo intervención el imputado y entonces se producirá el efecto de cosa juzgada, pero, en cambio, si lo que declara es que esa conducta no es subsumible en un precepto penal, entonces los Tribunales civiles podrán declarar la responsabilidad civil, aunque a juicio del autor, el tribunal penal debiera extender su competencia para conocer de la responsabilidad civil por razones de economía procesal, básicas en cualquier Ordenamiento jurídico. Es muy grande la diferencia que existe en la contemplación del orden penal y el civil, pues en aquél, desde que rige el Código de 1995, la imprudencia sólo existirá cuando esté incorporada al texto punitivo y actuará sin ningún tipo de restricciones el principio de presunción de inocencia "*in dubio pro reo*" (interpretación restrictiva en lo desfavorable y extensiva en lo favorable), mientras que en la imprudencia "civil" cambia el signo (a pesar de que el art. 1902 del C.C. tenía raíz claramente culpabilística que la separaba de la responsabilidad objetiva) pero las tendencias actuales tienden cada vez más a seguir este criterio e incorporar reflexiones como la llamada responsabilidad por riesgo, del mismo modo que ocurre en las lesiones por tráfico o en el Derecho Laboral, en donde los accidentes de trabajo son indemnizables, aunque en el mismo no exista culpa o negligencia.

II. 2. CAUSAS DE LA RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MEDICA.

La malpraxis médica viene condicionada por múltiples causas, tan complejas y variadas como complicado y vasto es el ejercicio de la medicina actual. Entre ellas podemos citar gran demanda de prestaciones (que conlleva menor tiempo de dedicación al enfermo, sobre todo al contacto directo médico-enfermo y despersonalización del quehacer sanitario), medios técnicos sofisticados y en continua renovación, grandes posibilidades diagnósticas y terapéuticas (que, por una parte, determinan grandes exigencias al creer que todo puede ser solucionado, como si existiese un derecho inexcusable a sanar y no morir y por otra implican a veces intervenciones y técnicas más agresivas y arriesgadas), masificación de enfermos, medicina de urgencia que modifica las actuaciones ordinarias, listas de espera (por sí misma causa de malpraxis, aunque también es consecuencia de la misma), medicina en equipo, mayor capacidad asistencial de nuestro país en materia sanitaria (que supone un aumento paralelo de los actos médicos y, con ello, de la posibilidad de irregularidades en los mismos), etc.

Pero el problema es más complejo, y además de estas y otras causas de malpraxis, hay que añadir o matizar otras externas al ejercicio médico en sí que determinan la existencia de responsabilidad. Nos referimos a las reclamaciones, cada día más frecuentes, que dependen más que del sistema sanitario en sí, de la sociedad que recibe los servicios, cada vez más exigente y reivindicativa, que llega a considerar la salud como un derecho y al médico como un técnico, y la tendencia social y jurídica a la objetivación del riesgo, lo que supone gran incremento de los casos con tendencia a prosperar.

A todo esto se añade una gran inseguridad jurídica para el sistema sanitario y sus más significados representantes, los médicos, y, por otra parte, para los posibles pacientes perjudicados, ante la irregularidad y falta de uniformidad de criterios de los órganos judiciales, con múltiples y no bien definidos procedimientos de reclamación, distintas jurisdicciones y jurisprudencia copiosa, sin definición uniforme.

La amplitud y multiplicidad de causas de malpraxis médica hace que, a efectos descriptivos, consideremos por una parte una serie de causas dependientes de las características de la medicina actual y, por otra, unas causas fundamentales, básicas o nucleares, propias y necesarias de cualquier tipo de asistencia médica, que siempre entran en juego en las reclamaciones motivando malpraxis y denuncias por sí mismas y determinan que estas prosperen, si no se han realizado correctamente. Nos referimos a la información y consentimiento, la observación de protocolos, historias clínicas (con gran influencia en la malpraxis como documento acreditativo de la conducta observada concretamente en cada caso y por otra parte fuente de posibilidades de mala observación del secreto médico), la prestación de cuidados, responsabilización directa (que a veces falla en la medicina en equipo), formación y conocimientos precisos, titulación adecuada, secreto médico y confidencialidad de datos sanitarios, etc.

Su importancia es muy grande y de ahí la infinidad de publicaciones y estudios sobre estos temas, además de una abundante jurisprudencia y legislación sobre los mismos, que nos obligan a estudiarlos de modo especial, pues siempre van a estar presentes en el enjuiciamiento y valoración de casos de posible malpraxis, y serán referencias frecuentes en nuestro desarrollo del tema.

En este capítulo de las causas de malpraxis no podemos omitir una muy frecuente, en la que en realidad se implican varios de los factores señalados antes, pero que por sí misma tiene entidad propia y está muy bien definida: nos referimos a las “urgencias”, que por definición implican un modo distinto de actuación, que de algún modo altera los protocolos del ejercicio normal, y determina más probabilidad de malpraxis (real o figurada por los pacientes o acompañantes).

Y finalmente repararemos en una última cuestión, siquiera sea por su actualidad y haberse consolidado como causa de responsabilidad en recientes sentencias muy discutidas y discutibles, cuando hasta la fecha se encuadraba en el capítulo de las consecuencias de malpraxis médica. Dicha cuestión es la de la listas de espera.

Respecto a las causas generales, dependientes de los cambios de la medicina actual, según CLASTRE BOZZO, (1997) vienen determinadas por la **diversidad de modos de ejercicio de la medicina, la universalidad del conocimiento científico, la rapidez del progreso científico y la necesidad de experimentar los nuevos avances**, fundándose el autor en la sentencia de la Sala II del T.S., con Ponencia del Excmo. Sr. D. Luis Román Puerta de 29/02/1995 que, recogiendo una anterior de 1989, afirma, entre otras cosas, que *“...la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones. Es decir que, de cualquier forma, es la labor primera y más importante la de conocer los pormenores del sustrato fáctico sobre el que debe recaer el enjuiciamiento, y, si bien en la generalidad de los procesos penales, con mayores o menores dificultades probatorias, la naturaleza de los hechos sobre los que debe juzgarse no reviste demasiadas dificultades a la hora de conocer no ya los hechos, sino los elementos necesarios para su comprensión, en el*

ámbito de la medicina, esa dificultad se ve incrementada de forma, a veces, insuperable tal como lo expresó la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Barcelona de 24 de Abril de 1986, dificultad que procede no sólo del carácter evidentemente técnico de la Medicina sino además de otras de sus características más inherentes; de una parte la enorme multiplicidad de formas, sistemas y modos de ejercicio de la Medicina, de otra la vigencia del principio de universalidad del conocimiento científico (que pone en jaque en innumerables ocasiones la virtualidad de determinadas normas administrativas reguladoras de productos sanitarios), la velocidad del progreso de la Ciencia que provoca que juzgando en 1996 unos hechos acaecidos años antes de los conocimientos y/o los medios disponibles a la hora del enjuiciamiento sean muy superiores -y en ocasiones, determinantes- a los que tenía a su disposición el justiciable y, finalmente, la necesidad de experimentar los nuevos avances". El referido autor desarrolla estos distintos factores causales de malpraxis médica.

En cuanto a la diversidad de modos de ejercicio, no sólo la diferenciación entre Medicina Pública y Medicina Privada incide en esta diversidad, sino también la organización interna de centros asistenciales y Administraciones Públicas, amén del número de Especialidades Médicas y superespecializaciones no contempladas en normativa alguna. Comportan la necesidad de conocer las circunstancias concretas en que un determinado médico realiza un determinado acto. Por ejemplo, el régimen de guardias localizadas, o las funciones de un médico de guardia en un ambulatorio carente de medios (a veces elementales) o la medicina de emergencias que se practica "in situ" con ocasión de todo tipo de accidentes con lesionados, en ocasiones, muy graves. Es evidente que los mismos criterios no pueden servir para enjuiciar el mismo acto realizado en situaciones y circunstancias distintas.

Por lo que se refiere a la universalidad del conocimiento científico, mientras por una parte la ciencia no conoce de fronteras nacionales y, por ello, los intercambios

científicos se realizan por medio de Congresos Internacionales, las legislaciones nacionales -de naturaleza administrativa normalmente- pueden imponer limitaciones a la aplicación en un determinado lugar de una determinada técnica o producto. Por ejemplo, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Zaragoza en sentencia de 7 de Febrero de 1996 condenó a un médico tras haber utilizado silicona líquida en un aumento del grosor de los labios de su paciente, *“por tratarse no de un acto médico de carácter urgente para la salvaguarda de la vida o integridad física que podría llegar a justificar su uso, sino ante un acto que tiende al perfeccionamiento del cuerpo y que por lo tanto debe conllevar más específicamente la observancia de la lex artis ad hoc, en la cual se encuentra el respeto a los usos, que obliga al de la legislación; y si bien los médicos pueden utilizar la técnica y tratamientos que crean más idóneas, deber cargar con el riesgo creado al emplear un producto no autorizado...”*

La rapidez del progreso científico es un factor más causal de malpraxis, por lo que se ha de tener siempre en cuenta la situación y conocimientos del justiciable en el momento de ocurrencia de los hechos. En este orden de cosas no tenemos más que pensar en el problema inmenso que plantea y ha planteado el SIDA y la tardía existencia en nuestro país de los reactivos para la detección de los anticuerpos en el plasma de donantes de sangre, o la Hepatitis C que, hasta hace pocos años, aún se conocía como No A No B porque no se había conseguido aislar el virus ni, por tanto, existían los reactivos para la detección precoz del mismo en la sangre de los donantes. Y finalmente, subrayar la existencia de aparatos sofisticadísimos cuya función esencial es el diagnóstico y cuyo manejo está en manos de ingenieros, físicos o informáticos que facilitan al médico el resultado de la utilización de la máquina, con lo que ello significa de una progresiva dependencia del no clínico.

La necesidad de experimentar los nuevos avances es el último factor que se considera. Es obvio que, aún cuando un determinado tratamiento, técnica o aparato haya pasado todos los controles administrativos tendentes a ponerlos en el mercado, los facultativos deben iniciarse en su práctica o en su uso y, naturalmente, no es igual el grado de conocimiento al inicio, que cuando la experiencia depara estadísticas de resultados porque, además, así cabe constatarlo, las indicaciones se van ajustando a medida que la experiencia avanza.

Es evidente que la ciencia debe avanzar, pero para ello debe experimentar y poner a punto sus medios. El enjuiciamiento también debería valorar esos estadios de incipiente implantación de los avances tecnológicos porque, de lo contrario, el miedo a sentarse en el banquillo, puede frenar el avance científico que, a fin de cuentas, es un beneficio para todos los pacientes.

PELAYO PARDOS (1999) considera otras causas del espectacular aumento de reclamaciones judiciales, por cierto un tanto originales y personales, pero que no dejan de ser reales: la implantación de un régimen democrático, la diferente conciencia ciudadana sobre el ejercicio de sus derechos, la posibilidad de reclamaciones ante las cuatro jurisdicciones, la progresiva implantación de un sistema de "autonomía", de corte anglosajón, en sustitución del tradicional y, sobre todo, lo que este autor considera en absoluto "per se" negativo y causa principal de malpraxis fue la promulgación en 1986 de la Ley General de Sanidad y la inclusión en la misma, por indicación del defensor del pueblo, del polémico art. 10, definidor de los derechos de los pacientes.

Las causas de este incremento de reclamaciones, según DE LORENZO Y MEGÍA SALVADOR (2000) vienen a resumirse en el triple progreso social, médico y

jurídico que desde hace algún tiempo se viene poniendo de manifiesto. **Social** porque el paciente no se resigna ya a los problemas de salud y, además, ve como cada vez más cierta la posibilidad de reclamar y de obtener por ello una compensación económica en el caso de que se le ocasione un daño. Progreso **médico** porque la protección a la salud cuenta con técnicas cada vez más complejas y sofisticadas, pero también más invasivas y peligrosas que, por una parte, propician una exigencia quizás excesiva de los pacientes en este progreso y, por otra, generan mayores riesgos, a lo que habría que añadir que el progreso técnico ha alterado la relación humana entre profesional y paciente, desdibujándose la figura del profesional, cada vez más considerado como un técnico. Y progreso **jurídico**, ya que la responsabilidad del profesional sanitario no se basa sólo en la negligencia o mala práctica sino en la contravención de los derechos de los pacientes positivizados jurídicamente en nuestro derecho en el artículo 10 de la L.G.S., cuyo elenco comprende el derecho a la personalidad, al respeto a la dignidad humana, intimidad e igualdad, el derecho a la confidencialidad, el derecho a conocer y consentir su participación en proyectos docentes y de investigación, el derecho a la información, el derecho a la libre elección del tratamiento y al consentimiento informado, el derecho a tener un médico interlocutor, el derecho a la negativa al tratamiento y el derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

Diario Médico (5/4/2000) publica un estudio realizado en JAMA sobre las razones del aumento de reclamaciones médicas por litigios sanitarios en Estados Unidos (EE.UU.), distinguiendo entre factores médicos y legales, y poniendo el acento en que mientras las reclamaciones sean interesantes para los pacientes, peritos y abogados, no parece que vaya a cambiar la situación.

Entre las causas médicas se señalan los avances de la medicina, la falta de un estándar en los estudios y formación de los médicos y especialistas (sin uniformidad de pruebas y conocimientos médicos que habiliten para el ejercicio de la medicina) y el intrusismo. Y entre las causas legales señala la universalidad de aseguramiento de los profesionales, los interesantes honorarios profesionales que pueden tener los abogados y otros profesionales relacionados con éstos (con permisión de las leyes de EE.UU. del denominado pacto de cuota litis o porcentaje sobre la indemnización, de modo que estos profesionales evalúan las posibilidades de cada caso y demandan en función de ello) y, por último, el que estos litigios sean enjuiciados por jurados en vez de por jueces profesionales, que son menos proclives a las sensiblerías y representaciones teatrales (MOHR, 2000).

Cada cual, como se ve, aduce sus causas, no siempre ortodoxas. Pero las causas fundamentales de malpraxis médica están en defectos de realización de una serie de procederes habituales en la práctica y ejercicio de la medicina, llamadas antes causas nucleares, que exigen ser considerados con cierta amplitud con el doble fin de conocer su estado actual y, en consecuencia, observarlos con exactitud y puntualidad, pues en ello estriba en muy gran parte una buena praxis, a cuyo estudio procedemos:

CONSENTIMIENTO INFORMADO.

INFORMACION TERAPEUTICA.

HISTORIA CLINICA.

SECRETO MEDICO Y CONFIDENCIALIDAD DE DATOS CLINICOS.

INTRUSISMO.

INOBSERVANCIA DE PROTOCOLOS.

MEDICINA EN EQUIPO.

OMISION DEL DEBER DE SOCORRO.

ADECUACION Y USO DE MEDIOS TECNICOS.

MEDICINA DE URGENCIA.

LISTAS DE ESPERA.

CONSENTIMIENTO INFORMADO.

Según el Profesor VILLANUEVA CAÑADAS (1998), se entiende por **consentimiento informado** el “requisito inexcusable para la práctica de cualquier terapéutica médica o quirúrgica, o exploración o prueba diagnóstica que signifique el más mínimo riesgo físico o moral para el sujeto”.

Por otro lado, en el DECRETO 45/1998, de 17 de marzo, del País Vasco, por el que se establece el contenido y se Regula la Valoración, Conservación y Expurgo de los Documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias de los Hospitales y de las Historias Clínicas del País Vasco, que sin duda será modelo legislativo y práctico para otras entidades gestoras, se dispone que la **Hoja de Consentimiento Informado** “es el documento donde deberá constar que el paciente o responsable legal del mismo ha sido informado de su estado de salud y de las posibles alternativas terapéuticas existentes para su diagnóstico y tratamiento, así como la autorización o no por su parte para cirugía y/o técnicas exploratorias especiales, donaciones de órganos, transfusiones, experimentación y ensayos clínicos, examen postmortem o necropsia, o utilización de datos identificativos de los pacientes con otros fines distintos al estrictamente asistencial de los documentos recogidos en la Historia Clínica”.

Existen tanto criterios jurídicos como deontológico-médicos o éticos que promovieron la creación u **origen del consentimiento informado**. El cambio en la consideración del paciente como mero sujeto pasivo de la práctica médica y la del médico como figura paternalista a la concepción del paciente como sujeto maduro, capaz de asumir su propia capacidad de autodeterminación supuso la implantación del modelo sanitario de tipo autonómico sobre el de beneficencia, tanto en la ética sanitaria como en la asistencia médica, y una consecuencia obligada es la

responsabilidad del médico cuando se practica cualquier acto médico de alto riesgo sin contar con su aquiescencia.

En este sentido, el Derecho Americano, pionero en este campo, exige desde inicios del siglo XX el consentimiento del enfermo para la práctica de intervenciones médicas graves o peligrosas y, si se omite tal consentimiento expreso, el médico podría ser condenado por delito de agresión técnica (battery), equivalente a una negligencia de actuación. En las primeras resoluciones judiciales de los Tribunales norteamericanos se destaca, junto al fundamento jurídico, el carácter de postulado ético (DE LORENZO Y MONTERO, 2000). Así, en la sentencia del Tribunal de Minnessota de 1905 de Mohr contra Williams, la condena al médico se basa en la idea de la inviolabilidad de la persona, y en la del Tribunal de Nueva York de 1914 dictada por el Juez Cardozo en el caso Schloendorff contra Society of New York Hospital, declara terminantemente que *“todo ser humano de edad adulta y mente sana tiene el derecho de decidir qué se puede hacer con su propio cuerpo; y un cirujano que lleva a cabo una intervención, sin el consentimiento de su paciente, comete un delito”*.

Posteriormente, en el Estado de California en 1957, nacería la expresión de consentimiento informado (“informed consent”) en el proceso Salgo c/ Standford, aunque el caso que creó realmente jurisprudencia en EE.UU. fue en 1961, el caso Berkey, que trataba de la práctica de una mielografía que dejó secuelas, de cuya posibilidad no había sido informado el paciente, siendo condenado el médico que la practicó por negligencia en la información. No existió negligencia de actuación al existir consentimiento, pero la mielografía se realizó sin haber aportado suficiente información sobre sus posibles consecuencias. La sentencia, siguiendo el argumento de la defensa, consideró que *“el paciente tenía derecho a recibir información no sobre lo*

que la comunidad médica considera razonable, sino de todo aquello que una persona razonable necesita saber para tomar una decisión con pleno conocimiento de causa”.

Así, el caso Berkey supuso la culminación del desarrollo doctrinal del principio del consentimiento informado. Hasta ese momento el criterio quedaba a juicio de lo que el médico consideraba razonable, pero desde entonces, el criterio válido lo proporcionaba el enfermo, a quien se le debe proporcionar tanta información como requiera para tomar una decisión razonable una vez informado de todas las alternativas posibles.

Nuestro Tribunal Constitucional se orientó en este sentido en un recurso de amparo interpuesto contra las providencias del Juzgado de vigilancia penitenciaria, que autorizó la asistencia médica a reclusos en huelga de hambre. En esta decisión considera el Tribunal que el artículo 15 de la Constitución, que proclama el derecho a la vida y a la integridad física y moral, protege la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezcan del consentimiento de su titular. Y por ello, dice el Tribunal, *“este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles, no sólo por el de morir”* y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituye limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional.

Como refiere DE LORENZO Y MONTERO (2000), el Código Civil lo regula dentro de la teoría general del contrato, al definirlo, establecer sus requisitos y señalar los vicios que lo invalidan, entre ellos el error. Si se considera que el tratamiento médico es el resultado de un contrato entre médico y paciente, la legitimación para

que el médico actúe en el cuerpo del paciente se encontraría en la previa existencia de un contrato, que por tanto requiere como elemento indispensable el consentimiento del paciente, cuya validez jurídica exige que sea libre, consciente y ausente de error, de donde, de forma análoga a la que sucede con el consentimiento prestado con intimidación o miedo, también sería nulo aquél prestado sin información o por error.

El Derecho Penal, en cambio, no recoge legislativamente como institución general al consentimiento, aunque el Código lo menciona al tratar de diversos delitos como causa que excluye o limita la responsabilidad profesional, como luego veremos en la exposición de su regulación legal.

La Constitución italiana de 1947 proclama el derecho a la protección de la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y, a diferencia de nuestra Constitución, añade un segundo párrafo, del siguiente tenor literal *"Nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario si no es por disposición de la Ley. La Ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto a la persona humana"*. En consecuencia, jurídicamente el tratamiento sanitario se basa en el consentimiento, ya que sólo la Ley, y por motivos razonables y graves, puede imponer tratamientos sanitarios obligatorios. E incluso la Ley que autorice el tratamiento sanitario obligatorio tiene siempre un límite: el impuesto por el respeto a la persona humana. Si no se respeta, será una Ley inconstitucional y, por tanto, nula.

Quiere decirse con ello que, al margen del fundamento jurídico de la necesidad del consentimiento informado, no puede prescindirse de su fundamento ético, con lo que quedan en buena medida desvirtuados los postulados que sólo ven en el consentimiento una exigencia importada desde el Derecho hacia el trabajo

clínico.

En definitiva, del principio del paternalismo médico se pasó al principio de autonomía plena del paciente, en el que el consentimiento informado se erige tanto en un deber del médico como en un derecho del paciente, contemplado en todas las Declaraciones de los Derechos del Enfermo.

Por lo que respecta a los **requisitos del consentimiento informado**, DE LORENZO Y SÁNCHEZ (2000) los revisan de modo muy detallado, considerando los sujetos que intervienen en el mismo (médico, paciente y familiares o allegados), la extensión y contenido del mismo, el modo de realizarlo y su forma.

Con referencia a los ***sujetos que intervienen***, el estudio de la capacidad del profesional (el *médico*) no plantea más problemas que los de su habilitación legal para el ejercicio de la profesión, por ostentar la titulación requerida y hallarse incorporado al colegio profesional correspondiente, descartándose la delegación en personal auxiliar expresamente recogido por la Ley General de Sanidad.

En relación al *paciente*, hay que referirse al consentimiento de menores o incapaces destacando actualmente el contenido del Convenio de Oviedo:

1. Como regla general, sólo podrá efectuarse una intervención a una persona, que no tenga capacidad para expresar su consentimiento, cuando redunde en su beneficio directo.

2. Cuando, según la Ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez.

3. Cuando, según la Ley, una persona mayor de edad no tenga capacidad, a causa de una disfunción mental, una enfermedad o un motivo similar, para expresar su consentimiento para una intervención, ésta no podrá efectuarse sin la autorización de su representante, de una autoridad o una persona o institución designada por la Ley. La persona afectada deberá intervenir, en la medida de lo posible, en el procedimiento de autorización.

4. El representante, la autoridad, persona o institución indicados en los apartados 2 y 3 recibirán, en iguales condiciones, la información a que se refiere el artículo 5.

5. La autorización indicada en los apartados 2 y 3 podrá ser retirada, en cualquier momento, en interés de la persona afectada.

La persona que sufra un trastorno mental grave sólo podrá ser sometida, sin su consentimiento, a una intervención que tenga por objeto tratar dicho trastorno, cuando la ausencia de ese tratamiento conlleve el riesgo de ser gravemente perjudicial para su salud y a reserva de las condiciones de protección previstas por la Ley, que comprendan procedimientos de supervisión y control, así como de medios de elevación de recursos.

En el Informe Explicativo del Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, MICHAUD (1997) entiende que *“la opinión del menor debe adquirir progresivamente más peso en la decisión final, cuanto mayor sea su edad y capacidad de discernimiento, y en algunas ocasiones, su consentimiento debe ser necesario o, al menos, suficiente; y por otra parte, no debe excluirse totalmente de las decisiones a los adultos incapaces de consentir, siempre que sea posible, debiendo explicarle el significado y las circunstancias de la intervención y obtener entonces su opinión”*.

El Código de Ética y Deontología Médica (C.E.D.M.) de 1999 reconoce en el artículo 10.6 la madurez moral del menor como un factor ético que no puede marginarse, pero no toma ciegamente partido en su favor: sería imprudente hacerlo,

pues equivaldría a negar el valor de la familia como factor de humanización y de maduración ética del mismo menor.

La actual Ley del Menor (Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor) ha tratado de reforzar los derechos de los menores de edad, recordando que los menores gozan de los derechos que les reconocen la Constitución y los Tratados Internacionales, y especialmente el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad ideológica, de conciencia y de religión, y el derecho a ser oído. Además, la Ley permite a las autoridades y servicios públicos para actuar en el ámbito de sus competencias en situaciones de riesgo y desamparo para los menores, bien por propia iniciativa, bien poniendo los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal.

También está contemplado el consentimiento de los menores en la Declaración de Ottawa de la Asociación Médica Mundial sobre el Derecho del Niño a la Atención Médica (50ª Asamblea de la Asociación Médica Mundial, octubre de 1998), que expresamente establece: *“El paciente niño y sus padres o representantes legales tienen derecho a tener una participación informada activa en todas las decisiones que afecten la atención médica del niño. Los deseos del niño deben considerarse al tomar dichas decisiones y se les debe dar importancia, según su capacidad de comprensión. El niño maduro, según la opinión del médico, tiene derecho a tomar sus propias decisiones sobre atención médica”*.

La Ley General de Sanidad refiere el consentimiento al usuario, y sólo cuando no se encuentre incapacitado para tomar decisiones el consentimiento puede prestarse por *familiares o allegados*, sin establecer ningún orden de preferencia entre ellos. Sin embargo, al tratar la información la Ley no la refiere sólo al paciente, sino a él y a sus familiares o allegados, sin prescribir con claridad que los últimos no tengan

derecho a ser informados más que en defecto del primero. Pero como quiera que se trata de un derecho del paciente y no de los familiares o allegados, parece que éste podrá impedir que los datos relativos a su salud se les comuniquen a todos o a algunos de ellos, salvo aquellos casos en que existe obligación de informar, (por ejemplo por el carácter transmisible de la enfermedad). Acerca de quiénes son los parientes o allegados, la Ley no remite para su determinación a ninguno de los supuestos ya establecidos (por ejemplo el orden de los llamamientos a la tutela, a la sucesión sin testamento o al derecho y deber de prestar alimentos), primando la finalidad de la información (terapéutica o para el consentimiento) y el interés del paciente, y siempre que sea posible, se guardará un orden de sentido común (cónyuge, padres, hijos, hermanos, etc.).

Respecto a la ***extensión y al contenido***, comenta CORBELLA DUCH (1998) en el IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, que no es acertada la expresión "*consentimiento informado*", en tanto que ella admite que puede existir un consentimiento sin previa información, lo que equivaldría a un consentimiento viciado, a un negocio sin causa que, por ello, debería ser calificado de nulo. Propone el autor la supresión del adjetivo "informado" y utilizar la expresión más concreta de "*consentimiento sanitario o asistencial*", entendiendo el concepto jurídico de consentimiento, como acuerdo de voluntades, o coincidencia entre oferta y aceptación, que incluye la consideración de los requisitos referidos a capacidad de las partes, y dentro de una relación sanitaria exige que la información facilitada al usuario sea amplia, veraz y clara para evitar cualquier elemento que pueda inducir a error, o que manifieste una intención de ocultamiento doloso. Lo contrario supondría un empobrecimiento cultural y jurídico, y crea la falsa sensación de cumplimiento normativo rellenando los huecos de un impreso encabezado con el rótulo "consentimiento informado", cuando realmente no se ha facilitado ninguna, o poca,

información sobre el objeto del consentimiento.

La L.G.S. requiere que la información que se proporcione sea *completa y que abarque pronóstico, diagnóstico y alternativas de tratamiento*.

El Convenio de Oviedo habla con más precisión de información adecuada, concretamente establece que *“el consentimiento del paciente se considera libre e informado si se otorga a partir de una información objetiva del profesional sanitario, encargado de facilitarla, sobre la naturaleza y las posibles consecuencias de la intervención prevista o de sus alternativas, sin presiones de nadie”*. Para que sea válido, debe informarse sobre los datos relevantes de la intervención de que se trata, incluyendo el fin, la naturaleza, las consecuencias y los riesgos que comporta, tanto los inherentes al tipo de intervención de que se trate, como los referentes a las características individuales de cada paciente, derivados de la edad o de la concurrencia de otras patologías. Las peticiones de información adicional por parte del paciente deben ser respondidas adecuadamente.

Por su parte, el C.E.D.M. de 1999, expone que el deber deontológico exige lealtad, delicadeza y circunspección en el modo de transmitir la información, y reconoce que su destinatario natural es el propio paciente, al que corresponde decidir si se transmite a otras personas de su entorno familiar o social. Por otro lado, el C.E.D.M. refiere que la información sea *suficiente y ponderada*, y así hay que considerar la expresión legal, ya que interpretar literalmente la expresión "completa" podría llevar a situaciones absurdas y desproporcionadas y, perjudiciales para el paciente.

Partiendo de la finalidad del consentimiento informado, se han distinguido en cuanto a la información entre las consecuencias seguras de la intervención, los

riegos típicos y los infrecuentes. Se debe informar en todo caso de las consecuencias seguras de la intervención, de los riesgos típicos y de aquéllos que, siendo infrecuentes pero no excepcionales, tienen la consideración clínica de muy graves. La extensión de la información habrá de ser tanto mayor cuanto menor sea la urgencia y cuanto menor sea la necesidad de someterse a la intervención.

Un último aspecto que interesa destacar es el de las alternativas de tratamiento cuando éstas existen, de manera que es el médico el que debe informar de las diversas posibilidades que se abren ante una situación clínica concreta y el paciente es el que debe decidir entre ellas, una vez conocidas sus ventajas e inconvenientes, pues los puntos de vista de médico y paciente pueden no ser siempre coincidentes. Especial valor cobra la utilización por parte del médico de una técnica nueva o un tratamiento poco habitual, en la que debe detallar con mayor precisión las características y los riesgos de la intervención.

En definitiva, lo que se persigue es recalcar que la facultad de decidir corresponde al paciente, que de esta manera asume el riesgo de la intervención, y mal puede asumir aquello que no conoce. En este sentido, la carencia de información suficiente o, como dice la Ley, completa, determinará que sea el médico el que asuma el riesgo de la intervención.

En cuanto al ***modo del consentimiento informado***, la Corte de casación francesa en sentencia estableció que la información debe ser simple, aproximativa, inteligible y leal. La Ley General de Sanidad refiere que la información se facilite en términos comprensibles, en la medida de lo posible exenta de terminología científica.

La información debe facilitarse solamente cuando el tratamiento lo requiere

o cuando es solicitada, ya que una información obsesiva y permanente conduciría a un bombardeo de información que puede ser perjudicial para el paciente. Hay que poner también atención en proporcionar al paciente la información con la antelación adecuada, facilitándole el tiempo de reflexión preciso para adoptar decisiones trascendentes para su salud y para su vida futura.

Además, comenta el Convenio de Oviedo que la información debe ser suficientemente clara y formulada de una manera adecuada a la persona que va a someterse a la intervención. El paciente debe estar en condiciones, gracias al empleo de términos que pueda entender, de sopesar la necesidad o utilidad del fin y los métodos de la intervención frente a los riesgos, cargas o dolor que esta supone.

Existen dos **formas del consentimiento**, tácito o expreso, y éste último verbal o escrito. El Convenio de Oviedo no impone una forma determinada, dependerá en gran medida de la naturaleza de la intervención. Hay acuerdo en que el consentimiento expreso sería inapropiado para muchos actos médicos rutinarios, por tanto, es frecuentemente implícito, ya que la persona afectada está suficientemente informada. En otros casos, sin embargo, como los procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasores, trasplantes, investigación, es exigible el consentimiento expreso.

Según nuestra L.G.S., se requiere el consentimiento escrito (parece excluir el tácito, presunto o verbal) para cualquier intervención, interpretando la doctrina y la jurisprudencia la palabra intervención en el sentido de riesgo importante o considerable. Es cierto que la forma escrita tiene la virtud de probar la existencia del consentimiento, pero ni es estrictamente imprescindible para garantizar su finalidad ni

asegura por sí misma que esa se ha cumplido, al poder quedar reducida a la cumplimentación de un trámite formulario y burocrático. Por eso se considera, de una parte, que el término intervención debe entenderse en su sentido médico y social, de modo que sólo incluya aquellos actos de diagnóstico y tratamiento que entrañen notorio riesgo. De otra, ha de tenerse en cuenta el principio general de nuestro Derecho, que establece que la forma no es requisito de validez, sino de prueba, lo que conduce la cuestión al estudio de la carga de la prueba.

La **revocación del consentimiento** dado que puede hacerse en cualquier momento es una consecuencia de su carácter personalísimo. A pesar de no estar recogido en la Ley General de Sanidad, doctrina y jurisprudencia coinciden en que es inherente al consentimiento informado. Queda regulada en el Convenio de Oviedo, que establece *“En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”*. Sin embargo, este principio no significa que la retirada del consentimiento del paciente durante una intervención deba respetarse siempre. Las normas de conducta y obligaciones profesionales, así como las reglas aplicables en tales casos, de acuerdo con el Informe, pueden obligar al médico a continuar con la operación para evitar que la salud del paciente sufra un grave peligro, y el propio Convenio establece en determinadas ocasiones una serie de restricciones al ejercicio de los derechos (seguridad pública, prevención de las infracciones penales, protección de la salud pública o protección de los derechos y libertades de las demás personas) y que la necesidad del consentimiento puede verse limitada con ocasión de la protección de las personas con trastornos mentales y en presencia de las situaciones de urgencia. De especial importancia es el comentario explicativo del Convenio redactada por MICHAUD (1997), cuando refiere que *“debe respetarse el eventual deseo del paciente de no ser informado, lo que no elimina la necesidad de pedir el consentimiento al paciente”*.

Por supuesto, la revocación está recogida en la recomendación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre consentimiento informado, concretamente *“en cualquier momento y sin expresión de causa, es decir, sin necesidad de tener que justificar el cambio de actitud”*.

La revisión de los **textos legales que regulan el consentimiento** exige un primer estudio de la normativa desde una perspectiva general, y posteriormente estudiar los casos específicos que con mayor frecuencia suscitan actuaciones judiciales en la práctica médica diaria y su tratamiento legal correspondiente.

En España, el movimiento de los Derechos del enfermo, y entre ellos el del consentimiento informado, no se entronizan jurídicamente hasta el Real Decreto de 1978 (declarado nulo por S.T.S.), la Carta de los Derechos y Deberes del Paciente (INSALUD, 1984), la Ley General de Sanidad de 1986 y el Convenio de Oviedo.

Merece la pena detenerse en la **Ley General de Sanidad 14/86 del 25 de abril** y recordar el enunciado de dos apartados del art. 10: *“el apartado 5 establece que los pacientes tienen derecho a que se les dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; y el apartado 6 establece que también tienen derecho a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos: a) cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública; b) cuando no esté capacitado para tomar decisiones en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y c) cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de*

fallecimiento”.

Destacamos también el llamado **Convenio de Oviedo**, que dispone lo siguiente: *“Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento”.*

El Ministerio de Sanidad presentó, tras sesión plenaria del **6 de noviembre de 1995, el Acuerdo del Consejo Interterritorial del Servicio Nacional de Salud sobre la formulación del consentimiento informado**, y admite que debe ser elaborado por los profesionales a tenor de las peculiaridades de cada Centro y Servicio, pero debe existir cierta homogeneidad en los contenidos. Por este motivo, Sanidad propone un documento básico de “información personalizada” de datos comunes para todo el Servicio Nacional de Salud *que conste de los siguientes datos: filiación del paciente; nombre y apellidos del médico que informa, que no tiene que ser el mismo que realice la intervención médica; descripción de riesgos típicos y de las consecuencias seguras de la intervención; riesgos personalizados, relacionados con el estado previo de salud, profesión, religión u otra circunstancia; molestias probables; indicación de otras alternativas; y conformidad firmada por el paciente.*

El **Código de Ética y Deontología Médica de 1999**, en el capítulo III, al establecer los derechos de los pacientes, refiere que el consentimiento del paciente para la intervención médica es reconocido como un requisito imprescindible. Se señalan las condiciones de obtención del consentimiento libre e informado de los pacientes competentes, del consentimiento subrogado en el caso de los pacientes

incapaces, y establece la excepcionalidad del privilegio de actuar sin consentimiento en caso de extrema urgencia.

Ultimamente se han aprobado **textos legales** en diversas **comunidades autónomas** reguladoras del funcionamiento sanitario público, en el que entre otros derechos del paciente se recoge el del consentimiento informado. Valga como ejemplo de ellos, la Ley 3/2001, de 28 de Mayo, reguladora del Consentimiento Informado y de la Historia Clínica de los Pacientes (aprobada por el Parlamento Gallego el 28 de Mayo del 2001) o la Ley 21/2000, de Cataluña, sobre los Derechos de Información Relativos a la Salud, la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica (aprobada por el Parlamento Catalán el 21 de Diciembre del 2000 y en vigor desde el 12 de Enero del 2001), cuya revisión omitimos pues excedería el contenido del capítulo.

El **Código Penal** en su artículo 155 establece los requisitos que debe cumplir el consentimiento para ser considerado como circunstancia atenuante en un delito de lesiones: *“En los delitos de lesiones, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido. No será válido el consentimiento otorgado por un menor o un incapaz”*. Es decir, la validez jurídica exige que quien lo emita posea capacidad de juicio y voluntad de decisión, requiriendo la voluntariedad la existencia de un estado de consciencia lúcido, si bien en estados de inconsciencia (coma) o semi-inconsciencia (confusión mental o situaciones clínicas análogas) se ha venido aceptando el consentimiento de los familiares que conviven con el interesado. Siguiendo a QUINTERO, VALLE ET AL. (1996), al referir el texto legal que el consentimiento sea “libre y espontáneo” indica que debe rechazarse al viciado o coaccionado, y por que sea “expresamente emitido” se entiende que debe existir una aceptación documentada de la actuación médica firmada por el paciente o por su representante jurídico. Finalmente se excluye de

manera expresa a los “menores e incapaces”, si bien la incapacidad puede ser suplida por el representante legal.

Dentro de la normativa legal específica que regula diferentes situaciones que pueden suceder en la práctica médica cotidiana, contemplaremos las situaciones de trasplante, esterilización y cirugía transexual; utilización de tejidos humanos; reproducción asistida humana; utilización de embriones y fetos humanos; la realización de ensayos clínicos; la realización de autopsias clínicas; el ingreso hospitalario involuntario, frecuentemente motivado por causas psiquiátricas; intervenciones médicas que recaen en mujeres casadas o en situación análoga, como puede ser la interrupción voluntaria de un embarazo; y finalmente determinados supuestos recogidos en el Código Penal relacionados con la eutanasia, aborto y lesiones.

Por lo que respecta a los casos de **trasplante, esterilización o cirugía transexual**, el C.P. señala en el art. 156 que *“el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a la ley, esterilización y cirugía transexual, realizadas por el facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquella tomando como criterio rector el de mayor interés del incapaz, haya sido autorizado por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, o en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, del Ministerio Fiscal, y previa exploración del incapaz”*.

En relación a los trasplantes de órganos hay que señalar que la **Ley 30/1979, de 27 de Octubre y el RD 426/1980, de 22 de Febrero, sobre extracción y trasplantes**, derogados por el **RD 2070/1999, de 30 de Diciembre**, por el que se regulan las actividades de Obtención y Utilización Clínica de Órganos Humanos y la Coordinación Territorial en materia de Donación y trasplante de Órganos, exige diferentes requisitos según el tipo de donante.

En caso de donantes vivos se requiere: la mayoría de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado; que se trate de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura; que sea informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada ante el Juez del Registro Civil; impidiéndose de manera expresa a quienes se les advierta deficiencia psíquica, enfermedad mental o cualquier otra causa que les impida otorgar su consentimiento en la forma indicada, así como a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores; y finalmente, que el destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

Para los donantes fallecidos bastará que los mismos no hayan dejado constancia expresa de su oposición, que puede referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos. En caso de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil.

En cuanto al injerto o implantación se exige igualmente el consentimiento escrito del interesado o representantes legales, quienes deberán estar debidamente informados de las pruebas, estudios, riesgos y probabilidades de la intervención.

El Reglamento sobre utilización de tejidos humanos (RD 411/96 de 1 de Marzo), establece que la obtención de tejidos humanos de un donante vivo mayor de edad requiere que haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión y otorgue su consentimiento de forma expresa libre, consciente y desinteresada, de manera que no podrán obtenerse tejidos de personas que por deficiencias psíquicas, enfermedad mental u otra causa no puedan otorgar su consentimiento. La información debe facilitarse precisamente por el médico que haya de realizar la intervención y se referirá a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico o psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener en su vida personal, familiar o profesional y sobre los beneficios que con el implante vaya a conseguir el receptor. El consentimiento debe formalizarse por escrito y ser firmado por el donante y por el médico y, en ningún caso, podrá efectuarse la obtención sin la firma previa de este documento.

También el consentimiento informado del receptor debe constar documentalmente, firmado por el médico que efectúe el implante, por el que informó al receptor o por este mismo y sus representantes. Los documentos de consentimiento informado deben quedar registrados en la historia clínica.

La **Ley de Técnicas de Reproducción Asistida Humana** (Ley 35/88 de 22 de Noviembre) únicamente permite realizar técnicas de reproducción asistida en

mujeres mayores de edad y con plena capacidad de obrar, en buen estado de salud y siempre que hayan solicitado y prestado su consentimiento a la utilización de las técnicas de manera libre, consciente, expresa y por escrito. Exige, además, una información y asesoramiento sobre los distintos aspectos e implicaciones posibles, así como de sus resultados y riesgos previsibles, incluso los riesgos para la descendencia y durante el embarazo derivados de la edad inadecuada. La información se extenderá a cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico se relacionen con las técnicas y se reflejará en un formulario de contenido uniforme en el que se expresen todas las circunstancias que definan la aplicación de las técnicas.

Si la mujer es casada se precisa, además, el consentimiento del marido, salvo que exista sentencia firme de divorcio o de separación, o separación de hecho o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente.

La **Ley de utilización de embriones y fetos humanos** (Ley 42/88 de 28 de Diciembre) requiere también que los donantes otorguen su consentimiento previo de forma libre, expresa, consciente y por escrito y, si son menores no emancipados o están incapacitados, además, el consentimiento de sus representantes legales.

Los requisitos para la realización de **Ensayos Clínicos** venían regulados en el RD 944/1978, de 14 de abril, y la OM de 3 de agosto de 1982, derogados ambos por RD 561/1993 del 16 de abril que, de manera resumida, exige que el consentimiento debe ser libre, evitando cualquier influencia sobre el sujeto participante en el ensayo. Se requiere información sobre los objetivos del estudio, beneficios, incomodidades y riesgos previstos, alternativas posibles, derechos y responsabilidades. El consentimiento se expresará por escrito o de forma oral ante

testigos, aunque si no tiene interés particular terapéutico para el sujeto, necesariamente será por escrito. En caso de menores de edad o incapaces, el consentimiento lo emitirá siempre por escrito su representante legal y se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal. En caso de urgencia, y sólo cuando tenga un interés particular terapéutico para el paciente, puede omitirse el consentimiento si bien debe informarse del hecho al Comité Etico de Investigación Clínica y al promotor del Ensayo. Podrá revocarse el consentimiento en cualquier momento, sin expresión de causa y sin que por ello se derive para él responsabilidad ni perjuicio alguno.

En materia de ensayos clínicos, únicamente se permite realizar estos ensayos sin finalidad terapéutica en mujeres gestantes o en período de lactancia, cuando el Comité Etico de Investigación Clínica concluya que no suponen ningún riesgo previsible para su salud ni para la del feto o niño y que se obtendrán conocimientos útiles y relevantes sobre el embarazo o la lactancia.

Las **Autopsias Clínicas** se encuentran reguladas por la Ley 29/1980, de 21 de junio y el RD 2230/1982, de 18 de junio, y en ellas se exige el consentimiento expreso y escrito antes del fallecimiento del cónyuge o familiares, salvo que se trate de centros especiales en los que podrá practicarse la autopsia a todos los cadáveres, si no consta oposición.

Respecto al **ingreso hospitalario contra la voluntad del paciente** el texto legal vigente es la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero, que en su artículo 763 establece:

“1. El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no está en condiciones de decidirlo por sí misma, aunque esté sometida la patria potestad, requerirá

autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieran necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere procedido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro en que se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del art. 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de los menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oirá a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el art. 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informantes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior.

Recibidos los informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo precedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

También existen discrepancias a la hora de realizar determinadas actuaciones médicas si éstas recaen en **mujeres casadas o en situación análoga**, fundamentalmente en relación al periodo gestacional o el del parto. Estos hechos fueron muy analizados en el pasado y actualmente han quedado bien delimitados. Se establece que la mujer es plena y totalmente dueña de sus propias decisiones y, por consiguiente, es a ella y sólo a ella a quien debe solicitársele el consentimiento. En este sentido, la Ley Orgánica 9/1985 de 5 de julio **para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo** exige el consentimiento expreso de la mujer embarazada, requiriendo que los profesionales sanitarios informen a las solicitantes de las consecuencias médicas, psicológicas y sociales de la prosecución del embarazo o de la interrupción del mismo, de la existencia de medidas de asistencia social y de orientación familiar que puedan ayudarle, y de las exigencias o requisitos que en su caso sean exigibles para la práctica del aborto.

Existen unos supuestos en los que el consentimiento del paciente no es suficiente para legitimar un tratamiento, o para su abandono, tal y como recoge la regulación del C.P. en relación con la eutanasia, el aborto y las lesiones.

Respecto a la **eutanasia**, el Código Penal castiga *“al que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro por petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes o difíciles de soportar”*. El Código penaliza, por tanto, la eutanasia activa, a la que señala una pena inferior al auxilio al suicidio y al denominado homicidio-suicidio, pero parece despenalizar la eutanasia pasiva, al exigir la causación de la muerte por actos necesarios y directos.

En relación con el **aborto**, castiga *al que practique el aborto habiendo obtenido la anuencia de la mujer mediante violencia, amenaza o engaño, y al que produzca el aborto de la mujer, con su consentimiento, fuera de los casos permitidos por la Ley*. El aborto imprudente resulta también incriminado pero sólo para el médico y no para la embarazada.

Por último, por lo que se refiere a las **lesiones** el Código establece que *si ha mediado el consentimiento válida libre y conscientemente emitido del ofendido, la pena a imponer es la inferior en uno o dos grados, sin que sea válido, a estos efectos el consentimiento otorgado por un menor de edad o un incapaz*.

Existen **excepciones legales a la exigencia de consentimiento**

informado recogidas de manera expresa por la L.G.S. en su art. 10.6: *“1. Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública. 2. Cuando no está capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas. 3. Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”*.

1. “Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública”.

Esta excepción, comenta LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1995), Magistrado del Gabinete Técnico del T.S., se refiere a los supuestos de los arts. 2 y 3 de la L.O. 3/1986 de 14 de Abril de Medidas Especiales en materia de Salud Pública, que disponen: *Art.2: “Las autoridades sanitarias podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad”*. *Art.3: “Con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”*. La admisión de esta excepción es problemática ya que es muy discutible la constitucionalidad de estos preceptos, redactados de forma imprecisa, que permiten incluso la hospitalización obligatoria.

El fundamento de la limitación se encuentra por tanto en la preferencia, en casos límites, de la salud colectiva sobre la libertad individual y en supuestos legitimados por razones sanitarias, no de otro tipo de urgencia o necesidad. Naturalmente, la autoridad sanitaria debe tener en cuenta los límites que impone la

L.G.S. en materia de restricción de la libertad individual: preferencia de la colaboración voluntaria, no se podrán ordenar medidas obligatorias que conlleven riesgo para la vida, proporcionalidad de las medidas adoptadas con los fines perseguidos, y utilización de las medidas que menos perjudiquen al principio de libre circulación de las personas y de los bienes, la libertad de empresa y cualesquiera otros derechos afectados.

2. “Cuando no está capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas”.

La incapacidad para tomar decisiones, puede ser tanto de derecho, (por existir Sentencia de incapacitación, menor edad sin suficiente juicio...), como de puro hecho, (paciente inconsciente...) y en este caso, dice la Ley que debe obtenerse el consentimiento de los familiares o allegados.

Según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1995), es preciso distinguir entre una limitación de la capacidad de forma permanente y la existencia de una limitación de carácter coyuntural. La limitación permanente se presenta cuando por tratarse de un menor o un enfermo mental no puede comprender el alcance y sentido del problema para el que sería preciso su consentimiento. La incapacidad coyuntural aparece por la situación que en ese momento atraviesa el paciente, por ejemplo, porque se encuentra en estado de inconsciencia. En relación a este segundo supuesto, COBREROS MENDAZONA (1988) se plantea dos problemas. En primer lugar, la situación del enfermo incapacitado para tomar decisiones del que no se conozcan parientes o allegados que pudieran suplir su consentimiento. En tal caso, el médico podría suplir el consentimiento hasta tanto el paciente o un familiar puedan asumir la responsabilidad del proceso terapéutico, con lo que el supuesto podría reconducirse hacia el caso de urgencia. Y en segundo lugar, el supuesto de negativa

de los parientes o allegados a consentir un tratamiento, negativa que resultaría perjudicial para la salud del paciente. En este caso entiende que el médico o la dirección del centro deben dirigirse al juez en solicitud de autorización, y en una situación de riesgo inminente, lesiones irreversibles o posibilidad de fallecimiento, actuarán por sí mismos, haciendo coincidir el supuesto con el caso de urgencia.

3. “Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”.

Estas situaciones serán revisadas dentro del capítulo de medicina de urgencia, por lo que nos remitimos al mismo para evitar reiteraciones.

Tanto el C.E.D.M., como la generalidad de la doctrina, añaden que, en los supuestos de excepción al deber de información al paciente, debe proporcionarse ésta a los familiares o allegados.

Y no debemos olvidar que también deben considerarse **otras excepciones al consentimiento**, siguiendo a DE LORENZO y SÁNCHEZ (2000) los supuestos de renuncia del paciente o derecho a no saber, el denominado privilegio terapéutico o necesidad terapéutica y el diagnóstico o pronóstico muy grave o fatal.

Por lo que respecta al **derecho a no saber**, la L.G.S. concibe la información como un derecho del paciente, pero derecho renunciable al no establecerse lo contrario, siempre que la renuncia no sea contraria al interés al orden público o perjudique a terceros. Así, es admisible la renuncia a la información, ya sea esta expresa o tácita, cuidando de dejar constancia de la renuncia, en un documento

específico, en el propio documento del consentimiento o en la historia clínica.

El ejercicio por parte del paciente del derecho a no saber tal o cual circunstancia relativa a su salud no se considera un obstáculo a la validez de su consentimiento a una intervención; por ejemplo, se puede consentir válidamente a la extracción de un quiste a pesar de no desear conocer su naturaleza.

Y como ocurre con el derecho a la información, también el derecho a no saber puede restringirse en interés del propio paciente o de otros, para proteger los derechos de los terceros o de la sociedad, por ejemplo acerca de las medidas preventivas para evitar una enfermedad a la que está predispuesto, o para evitar la transmisión de una enfermedad a sus familiares o allegados, a terceros o a la sociedad en general.

Se entiende por **privilegio terapéutico o necesidad terapéutica** la ocultación al paciente de aquella parte de la información que el profesional considere que puede ser gravemente perjudicial para la salud del paciente. En este caso, puede hallarse justificación para dejar de proporcionar la totalidad de la información al paciente en el estado de necesidad, debiendo valorarse los bienes jurídicos en conflicto: la libertad y autodeterminación, que exigirían la información rigurosa, y la vida o integridad corporal, que autorizaría a no proporcionarla. Estaría justificado prescindir de la información ante el temor fundado de que pudiera provocar una situación de pánico que agravara la salud del paciente o pudiera poner en peligro el éxito de un tratamiento considerado indispensable.

Intimamente relacionado con el anterior, se encuentra el caso de la

información de un **pronóstico muy grave o fatal**, que en beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicar de manera inmediata. Aunque esta actitud debe considerarse excepcionalmente, con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro. En definitiva, el pronóstico fatal no constituye por si mismo motivo suficiente para ocultar información, pero la generalidad de los autores, incluso los que propugnan una mayor intensidad del derecho a la información, reconocen que siempre aparecen excepciones de difíciles contornos, que pueden legitimar al médico para no informar plenamente al paciente, o para proporcionarle una información gradual o atenuada, sugiriendo incluso propuestas legislativas, a través, por ejemplo, de una remisión a las normas deontológicas.

El informe explicativo del Convenio de Oviedo, redactado por MICHAUD (1997), establece al respecto de estas excepciones no recogidas de manera expresa por la Ley lo siguiente: *En consecuencia, el último párrafo del art. 10 señala que en casos excepcionales las leyes nacionales pueden fijar restricciones al derecho a saber o a no saber en interés de la salud del paciente (por ejemplo, un pronóstico de muerte que si se transmitiese inmediatamente al paciente podría empeorar sensiblemente su estado). En algunos casos, el deber médico de proporcionar información, que también está previsto en el artículo 4, entra en conflicto con el interés de la salud del paciente. La ley nacional debe resolver estos conflictos, teniendo en cuenta el bagaje social y cultural. La ley nacional puede justificar -en su caso, bajo control judicial- que el médico retenga a veces parte de la información o, en cualquier caso, que la revele con cautela ("necesidad terapéutica").*

Respecto a la **línea jurisprudencial**, existen juristas que no dudan en la relevancia penal del consentimiento, basándose para ello en S.T.S. de la Sala de Lo Penal, de 10/03/1959, bajo la ponencia del magistrado D. Francisco Díaz Plá,

conocida como la del “pene cercenado” que textualmente refiere: *”Una vez iniciada la operación de hernia inguinal para la que expresamente había dado su consentimiento el enfermo, el cirujano, so pretexto de haber observado una masa tumoral, a su parecer, reveladora de la existencia de un sarcoma de pene, llevó a cabo el cercenamiento, de raíz, del miembro viril del enfermo, sin que para ello requiriese el que fuera hecha la oportuna biopsia que le confirmara su diagnóstico precoz y sin que obtuviera del paciente o sus familiares, mujer o hermano, que sabía que se encontraban en ese momento en la residencia, el correspondiente consentimiento o autorización para la amputación de un miembro tan importante para el cuerpo humano, de resultas de lo cual había de quedar impotente, tanto más cuando el propio cirujano en el acto de la vista reconoció que pudo limitar su intervención quirúrgica a la práctica de la operación de la hernia inguinal y dejar de acometer la del supuesto sarcoma de pene para un momento ulterior. El operador NO intentó explorar la conformidad de los familiares presentes en el sanatorio. La impresión puramente subjetiva sobre la certeza del cáncer, obtenida por una simple observación visual, sin antecedentes patológicos conocidos, sólo autorizaría el cercenamiento instantáneo del órgano respectivo en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga en riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, porque de no ser así, la mas elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en plenitud de juicio como dueño de su integridad corporal”.* Se entiende por juristas expertos en el tema que, a pesar de ser una Sentencia pre-Constitucional, encaja de forma perfecta con el derecho fundamental del ciudadano a su integridad personal, garantizado por el art. 15 de la CE y reconocido por SS.T.C. 120/1990, 137/1990 y 35/1996.

Y mucho más recientemente, la necesidad del consentimiento informado y su proyección en el ámbito de la responsabilidad Penal se declara en las SS.T.S. de

24 de mayo de 1995 y 26 de octubre de 1995, en las que se destaca que: *“Las intervenciones fallidas sin consentimiento ni estado de necesidad, se incardinan en los tipos de lesiones u homicidios, al existir una suerte de dolo eventual, pues el médico se representa el daño, pero lo asume, sin dar oportunidad al paciente a aceptarlo en virtud de las posibilidades terapéuticas. Sin embargo, -aclara-, no habría responsabilidad penal en las intervenciones que tienen éxito, aunque falten tanto el consentimiento como el estado de necesidad”.*

Es un tema absolutamente indiscutible en la actualidad que la falta de consentimiento informado genera responsabilidad civil y contencioso-administrativa, ello *“incluso cuando se hallan observado las normas de la lex artis pero se le haya causado un perjuicio al paciente por cuanto se le privó de la legítima oportunidad de ponderar y decidir sobre la conveniencia de sustraerse al acto médico, evitando sus posibles riesgos”*(S.T.S. Sala Tercera, 4 de abril del 2000, ponente el Magistrado D. Juan Antonio Xiol Ríos).

Existen opiniones que, por otra parte, alertan contra una exagerada ocupación sobre el consentimiento. Así, MARTÍNEZ PEREDA, en el II Encuentro de Responsabilidad Civil y Penal de Médicos en 1998, afirmó que *“una exagerada ocupación del consentimiento ha provocado en su hipertrofia una acusada inflación con todas sus consecuencias negativas, y ha provocado numerosos errores. Afirma el mismo autor que constituye un grave error no ver o no querer ver en la doctrina del consentimiento informado sino un nuevo requisito, que lo único que representa para el facultativo es un aumento de actividad burocrática, más trabajo y más pérdida de tiempo, cuando de lo que se trata es de devolver la confianza a la relación entre el médico y el enfermo”.* En este sentido, se pronuncia una sentencia de un juzgado de 1ª instancia de Burgos, de septiembre del 2000, que trasluce un cierto hartazgo hacia lo que considera un uso espurio del consentimiento informado, no sólo por el momento

procesal en que se sacó a colación (en el escrito de conclusiones una vez demostrada la diligencia profesional) sino por cómo se hizo.

El problema principal, según DE LORENZO y SÁNCHEZ (2000), no es si la ausencia de información, como requisito del consentimiento, o la ausencia misma del consentimiento al tratamiento, es ilegal, y puede ser castigada como delito de lesiones, o de coacciones, y por tanto, el médico puede ser condenado a penas de prisión o multa e inhabilitación para el ejercicio profesional, sino si se trata tan solo de un ilícito civil cuya única consecuencia es la indemnización de daños y perjuicios.

Existe acuerdo doctrinal en que el consentimiento es una obligación legal, pero también, y como ha puesto de manifiesto ya reiteradamente la jurisprudencia, un acto clínico más, bien se considere incluido en la "lex artis", bien, en la obligación general de medios. Hay sentencias del Tribunal Supremo que refieren: *“Todo facultativo de la medicina, especialmente si es cirujano, debe saber la obligación que tiene de informar de manera cumplida al enfermo acerca de los posibles efectos y consecuencias de cualquier intervención quirúrgica, y de obtener su consentimiento al efecto, a excepción de presentarse un supuesto de urgencia que haga peligrar la vida del paciente o pudiera causarle graves lesiones de carácter inmediato... (por lo que el médico)... con su conducta omisiva vino a desconocer la obligación impuesta por la lex artis en el aspecto concreto indicado de haber prescindido del consentimiento de la paciente, lo que originó, forzosa e ineludiblemente, que su conducta debe ser calificada de antijurídica en el ámbito del derecho, y comportó, a su vez, la obligación de indemnizar el resultado dañoso producido”*. En S.T.S., Sala de Lo Contencioso-Administrativo, de fecha 23/05/2000, se declara que la falta de consentimiento genera indemnización.

No obstante, refiere GALÁN CORTES (1997), se ha producido un cambio en la línea jurisdiccional del Supremo, y en sentencia del 31 de diciembre de 1997 declaró que *no podía ser motivo de recurso de casación el consentimiento informado, porque no se había hecho referencia en las instancias anteriores, lo que no habría sido así si el consentimiento informado formase parte de la lex artis*. En otra sentencia de 10 de noviembre de 1997, el Supremo *no apreció relación de causalidad entre la falta de información y el daño causado al paciente*.

La doctrina más reciente del Tribunal Supremo, según DE LA CRUZ RODRÍGUEZ (1999), entiende que *“el consentimiento debe entenderse de carácter específico (sólo válido) para la prueba o intervención que el paciente autorizó en función del diagnóstico que los médicos le han dado a conocer. Si tal diagnóstico variase en el curso de la intervención, los médicos no deben -salvo en caso de urgencia vital- adoptar una decisión clínica por cuenta propia, pues de lo contrario surgirá la responsabilidad”*. Tal hecho se deduce de una sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de León en 1998, que condenó al INSALUD por extender el consentimiento de una paciente que ella no había autorizado, y da a entender que si la demanda se hubiera dirigido contra los médicos en lugar de contra la Administración, en sede civil o penal no se habría dudado en declarar la responsabilidad de éstos.

Acerca de la carga de la prueba, la L.G.S. no contiene norma alguna que exija a cualquiera de las partes, bien al reclamante, bien al médico demandado, la obligación de probar la existencia del consentimiento informado.

Una serie de Sentencias imponen la prueba al paciente, tanto porque la ausencia de consentimiento informado es el hecho en el que basa su pretensión, como

porque pone a cargo del reclamante la prueba de la culpa del facultativo.

Pero un sector mayoritario de Sentencias, con un criterio que parece destinado a imponerse, (S.T.S., Sala de lo Civil, 31/07/1996) atribuyen la prueba del consentimiento informado al médico, precisamente por la mayor facilidad de su aportación y porque el derecho del usuario a la información supone el correlativo deber del médico a prestarla. La carga de la prueba se va haciendo progresivamente más onerosa para el médico, llegándose incluso a apreciar de oficio, es decir, aún sin haber sido alegada por el demandante. Así, en un supuesto en el que no se había alegado la falta de consentimiento para recibir un hemoderivado por vía parenteral (que determinó el contagio por VIH), el Tribunal entendió que *“no se informó al enfermo de los posibles efectos gravosos para su salud a los que podría dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido,..., de modo que los médicos asumieron los riesgos por sí”*.

En Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de fecha 07/03/2000, revisada por ESTEBAN (2000) en DM, se considera que la Administración debe dotar a sus médicos de protocolos de consentimiento informado. El Tribunal Supremo declaró que la Administración debe proporcionar a sus médicos protocolos de consentimiento informado, pues si por su inexistencia se produjesen daños es el ente público el que responde. El fallo condenó al SAS por los daños derivados de una extracción de médula ósea, ya que *“no estableció normas internas para que se informase a los donantes de las características y de los riesgos”*.

Este fue el razonamiento con el que el alto tribunal condenó al Servicio Andaluz de Salud (SAS) a indemnizar a una paciente por las secuelas -que no se

revelan en la sentencia- sufridas tras una extracción de médula ósea. La falta de protocolo de consentimiento informado aplicable a la práctica quirúrgica a la que fue sometida la paciente fundamentó la condena a la Administración, pues *"consta con toda claridad que, pese a los graves riesgos que entrañaba la extracción de médula ósea, no se obtuvo el consentimiento informado"*. Acreditada la omisión de la información, la sentencia entra a estudiar a quién es imputable la responsabilidad y, en consecuencia, la obligación de responder de los daños derivados de la intervención. En este punto, el Supremo es tajante y declara que de las alegaciones de las partes *"se desprende que, en contra de lo legalmente establecido, el SAS no consideró necesario que el consentimiento se plasmase por escrito, ni consta que para supuestos de extracción de médula ósea destinada a trasplante tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información"*.

Es más, *"tampoco se ha probado que se hubiesen emitido instrucciones a los facultativos para que en estos casos informasen debidamente y obtuviesen el consentimiento por escrito"*, por lo que se entendió que *"el SAS no actuó diligentemente al no establecer normas internas precisas para que se informase a los donantes de las características, riesgos y consecuencias de la extracción de médula ósea"*.

Sin embargo, en la depuración de las responsabilidades, el Excmo. Sr. José Almagro Nosete, Magistrado y ponente de la sentencia, va más allá y rechazó cualquier intento de la Administración de pretender trasladar la responsabilidad por los daños sufridos por la paciente a los médicos a su servicio. Según el fallo, *"no es de recibo la imputación que el SAS efectúa atribuyendo la responsabilidad de la omisión a los propios médicos, ya que el ente gestor no organizó debidamente la información al donante"*.

Con todo, la Sala Civil del Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga y condena al servicio andaluz, pues, *"aunque la hermana de la paciente autorizó la extracción, al considerarlo la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, su voluntad se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada y, por tanto, no concurrió consentimiento válido, expreso ni presunto"*.

La sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo no sólo es interesante por la doctrina que arroja sobre los protocolos de consentimiento informado y la obligación de la Administración de dotar a los médicos de estos medios; además, en uno de sus fundamentos de derecho aborda el problema de la competencia de la jurisdicción civil, social y contencioso-administrativa para juzgar las reclamaciones por daños sanitarios ejercitadas frente a la Administración. Aunque la entrada en vigor de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común no logró calmar la batalla competencial entre las distintas salas de los tribunales, la modificación de esta norma a través de la Ley 4/99 parece que -al menos para la Sala Civil del Tribunal Supremo- resuelve la cuestión declinando definitivamente la competencia en la jurisdicción contencioso-administrativa. Así se expresa la sentencia: *"En la actualidad no cabe duda de que corresponde al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de las pretensiones dirigidas contra la Administración sanitaria y sus entidades, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad que determine el nacimiento de la responsabilidad, según las disposiciones en vigor"* (de acuerdo con la nueva Ley de la Jurisdicción Contenciosa y la Ley 4/1999). Se confirma de esta manera lo ya adelantado por tribunales inferiores como el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, cuya sala social también dijo que las nuevas leyes impedirán a esta

jurisdicción abordar estas reclamaciones.

En Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 14/04/99, se considera que el consentimiento informado oral exime de responsabilidad objetiva: *“Se permite entender prestado el consentimiento previo a la práctica de la técnica exploratoria en todo su alcance, tal y como se describe en los informes, por más que la información no se efectuara por escrito”*. Idéntica línea doctrinal adoptó la sentencia dictada por el mismo Tribunal en fecha 01/03/2000.

Una reciente sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Supremo, de abril del 2000, considera que la falta de información genera daño moral en caso de gravedad. Juan Antonio Xiol Ríos, Magistrado de la Sección IV del Alto Tribunal, explicó los criterios jurisprudenciales. *“La simple ausencia de consentimiento informado en casos graves es en sí un daño moral indemnizable con absoluta independencia de la actuación sanitaria, pues se omite al paciente una información que tiene derecho a conocer”*. Esta es la doctrina más reciente del Tribunal Supremo sobre consentimiento informado.

La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estudiaba la reclamación presentada por los padres de una menor que iba a ser sometida a una intervención grave a corazón abierto y en la que existía entre un 2 y un 5 por ciento de riesgo de parálisis. Aunque la sala no apreció la existencia de negligencia médica, condenó a la Administración sanitaria por daño moral al no haber acreditado que se había informado por escrito a los padres de los riesgos de la intervención, limitándoles así la posibilidad de sustraerse a la intervención.

El valor judicial que la Audiencia Nacional otorga a la información del paciente fue abordado por el Excmo. Sr. José Guerrero Zaplana, Magistrado de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en un análisis de la doctrina más reciente de este tribunal. Según el Magistrado, *“si se ha informado correctamente, no se puede hacer responsable al paciente de una incorrecta actuación médica, por lo que no puede considerarse el consentimiento informado como causa de exclusión de la responsabilidad. En el caso contrario, esto es, si se incumple el consentimiento del paciente, tampoco se puede hacer recaer sobre el médico o la Administración la responsabilidad, salvo si concurren los presupuestos básicos de la responsabilidad objetiva. En definitiva, el consentimiento informado no se utiliza como un criterio esencial para determinar si la Administración debe o no indemnizar, sino solamente como un elemento más”*.

LA INFORMACION TERAPEUTICA.

Seguendo a DE LORENZO y SÁNCHEZ (2000), la Ley General de Sanidad trata la información con dos enfoques distintos: por un lado, como requisito del consentimiento informado al aludir a la libre elección entre las opciones que presente el responsable médico del caso y, en segundo lugar, autónomamente, proclamando el derecho del paciente a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares y allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Así, la información es un requisito para la validez del consentimiento, lógicamente previa a éste y que debe extenderse a las características, necesidad, riesgos y beneficios y consecuencias de la intervención, de manera que el paciente la asuma libre y conscientemente.

Pero, por otro lado, la información no se restringe a un momento preciso, sino que se concibe como un derecho que se satisface continuamente, a lo largo de todo el tratamiento. De ahí que el médico deba informar de manera amplia al paciente sobre todo su proceso, es decir, la enfermedad que padece, los hábitos de vida que debe adoptar, el régimen dietético y de cuidados, la forma e intensidad en que la enfermedad o el tratamiento van a afectar a sus actividades, etc.

A este segundo aspecto de la información se denomina **información terapéutica** y aunque también es un derecho del paciente y le facilita a él y también a quien puede o debe ayudarle (sus familiares y allegados), el cumplimiento de su deber de colaboración con las instrucciones del médico, ha sido objeto de una atención muy

escasa, quizás por la magnitud de los problemas y los planteamientos judiciales a que ha venido dando lugar el consentimiento informado.

Si bien la mayor parte de los problemas que plantea la información terapéutica son comunes a los suscitados por la información como requisito del consentimiento, existen notables diferencias entre ambos.

La información terapéutica es un proceso continuado en el tiempo, que no se agota con la obtención del consentimiento informado, tal y como establece explícitamente la Ley General de Sanidad, recalcando que debe abarcar todo el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. Además, la información terapéutica es un proceso fundamentalmente verbal, a diferencia del consentimiento informado, que es fundamentalmente escrito.

La información juega desde el punto de vista médico un papel fundamental para el establecimiento de una relación médico-paciente de calidad, siendo esencial que el paciente acepte y conozca su enfermedad, lo que le servirá para organizar y adecuar su conducta durante su periodo patológico, y al médico para fundar sobre ella el resto de sus explicaciones y para justificar sus peticiones de exploraciones y sus decisiones terapéuticas. Todo ello facilita la comprensión de reacciones imprevistas y efectos secundarios, contribuye a atenuar consecuencias, permite adecuar las condiciones de administración de fármacos y refuerza la colaboración del paciente en la lucha contra la enfermedad.

Desde el punto de vista jurídico, la información terapéutica es una obligación jurídica que los Tribunales han considerado incluida en la "lex artis" como

un acto clínico más, cuyo incumplimiento puede, por tanto, dar lugar a la correspondiente responsabilidad. Así lo ha declarado con toda claridad la jurisprudencia del T.S., como se aprecia en S.T.S., Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de noviembre de 1991: *“Constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica, y en general al personal sanitario, el que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de modo tal que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad, o por la persona jurídica pública o privada en cuya organización se encuentra el técnico sanitario, o por éste individualmente si ejerce su profesión de modo libre”*.

En el estudio de la información terapéutica surgen problemas a la hora de determinar los sujetos a los que tienen derecho a recibir la información, la extensión, y el contenido, modo y forma en que ésta debe transmitirse.

En relación a los **sujetos que tienen derecho a la información**, además del médico y el paciente, en la información terapéutica tiene gran importancia la información que puede o debe facilitarse a familiares y allegados, puesto que es preciso coordinar la garantía del secreto médico con el aseguramiento de los cuidados en los que normalmente van a participar otras personas, y especialmente si el paciente no está hospitalizado, ya que si la finalidad de la información terapéutica es facilitar al paciente el deber de colaboración en el tratamiento que corresponde, también lo es a quienes deben, moral o jurídicamente, prestarle asistencia.

En general, y aparte los supuestos de enfermedades contagiosas en las que se acepta comúnmente que el médico debe informar al entorno del enfermo de las medidas necesarias para evitar el contagio y preservar su propia salud, en los casos

de enfermedades benignas, sólo el paciente tiene derecho a la información por lo que, a menos que él lo autorice, nadie, ni siquiera los más allegados, puede acceder a ella, ni el médico puede revelarla.

En cambio, en las enfermedades graves, y aparte los supuestos del diagnóstico fatal y del privilegio terapéutico, puede admitirse que se revelen las condiciones necesarias para asegurar la mayor calidad de los cuidados.

Y por lo que respecta a menores o incapaces, así como el consentimiento se obtiene, por lo general, de los representantes legales, no parece haber duda de que el menor debe ser oído e informado en la medida de su edad y de sus posibilidades de comprensión.

Respecto a la **extensión** de la información, al igual que en el caso de la información previa al consentimiento, pueden surgir problemas derivados tanto de su insuficiencia como de su exceso.

La omisión de la información puede dar lugar, con carácter excepcional, a la producción de un delito de lesiones cuando la ausencia de información equivalga a la causación del resultado. Por ejemplo, en el caso del médico que examina un electrocardiograma del que resulta una situación de infarto y no comunica al paciente esa información, produciéndose después un resultado mortal.

Y una información excesiva y desconsiderada, caso de comunicar al paciente de forma despiadada el diagnóstico de que padece una enfermedad grave, puede agravar su salud psíquica, y por ende, acarrear responsabilidad.

Se plantea así el problema de los umbrales mínimo y máximo de la información, resuelto en base a la finalidad de la información terapéutica. De suerte que la información que se proporcione pueda, en todo caso, permitir que el paciente cumpla su deber de colaboración, contribuyendo al seguimiento correcto del tratamiento, mientras que el umbral máximo se encontraría en la posibilidad de causar al paciente un daño psicológico superior al estrictamente necesario para alcanzar un tratamiento óptimo.

El C.E.D.M. en su artículo 10, permite proporcionar una información gradual y limitada, incluso prescindir o limitar la información al paciente y facilitarla de forma más completa a familiares o allegados. En particular, establece que, *cuando las medidas propuestas por el médico supongan un riesgo importante para el paciente, debe proporcionarse información suficiente y ponderada, a fin de obtener el consentimiento imprescindible para practicarlas*. De esta manera, en principio, el médico comunicará al paciente el diagnóstico de su enfermedad y le informará con delicadeza, circunspección y sentido de responsabilidad del pronóstico más probable, haciéndolo también al familiar o allegado más íntimo o a otra persona designada para tal fin, pero permitiendo que, en beneficio del paciente, no se le comunique inmediatamente un pronóstico muy grave, aunque esta actitud debe considerarse excepcional para salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro.

En cuanto al **contenido**, la primera información necesaria es la que se refiere a los medios precisos para el tratamiento: exploraciones complementarias que exija la vigilancia del curso de la enfermedad, análisis y controles sucesivos, visitas médicas y espacio temporal entre ellas, posibles complicaciones y su significado.

La información terapéutica se refiere típicamente al modo o la forma de administrar los medicamentos, que si bien la cumplen también los folletos o prospectos farmacéuticos, no relevan al médico de su deber de información sobre la posología (duración y dosis), efectos y síntomas que deben comunicarse, incompatibilidades y efectos secundarios.

El régimen de vida es la otra gran parcela de la información terapéutica: dieta, hábitos beneficiosos o nocivos, higiene, actividades que pueden contribuir o perjudicar el tratamiento, y naturalmente, las consecuencias de la enfermedad y su tratamiento en la dedicación laboral o profesional del paciente: pilotos, conductores de vehículos, personas que han de permanecer largo tiempo en pie o sentadas, atención, etc.

El **modo** de la información debe adaptarse a cada caso, de acuerdo con las condiciones de la enfermedad, del enfermo, del momento en que se proporciona e incluso del profesional que la facilita, procurando siempre veracidad y claridad.

La **forma** de la información terapéutica es predominantemente verbal, recomendándose claridad y brevedad en la exposición, evitar términos técnicos y destacar, incluso reiterativamente, los aspectos más importantes para asegurarse de la comprensión por el paciente. También puede manifestarse por escrito, necesariamente, como en las recetas, o convenientemente, como en las indicaciones dietéticas y de régimen de vida.

Y para finalizar con este tema, citaremos algunos casos de nuestra **jurisprudencia** referente a la información terapéutica.

En S.T.S., Sala de lo Civil, de 23 de febrero de 1996, tras el fallecimiento en una colonia de verano de una menor afectada por una dolencia crónica irreversible (acidosis tubular renal), el Tribunal Supremo entiende que hay una culpa concurrente de los responsables de la colonia y de los padres de la menor. Se destaca la inconveniencia de la asistencia de la mencionada menor a la colonia, dado su estado de salud, así como la omisión de los padres de la información precisa de la enfermedad que padecía a la dirección de la colonia, conducta calificada gravemente negligente, pues impidió que, producida la crisis que habría de conducir al fallecimiento de la menor, se adoptasen desde el primer momento las medidas que hubieran podido evitar el fatal desenlace.

En S.T.S., sala de lo Contencioso-Administrativo, 22/11/1996, se establece la necesidad de informar sobre las posibles interacciones y contraindicaciones de los medicamentos que se suministran. Trata el caso de un menor que sufrió una lesión física que le provocó un estado de invalidez permanente tras la administración de un medicamento común, estando contraindicado tras la inyección de la vacuna contra la rabia. Entendió el Tribunal que, o la vacuna antirrábica no se encontraba en las debidas condiciones sanitarias, o bien no se advirtió al paciente por los servicios médicos de las contraindicaciones que podía tener dicha vacuna, y establece que constituye un deber exigible a los miembros de la profesión médica, y en general al personal sanitario, el de que adviertan claramente a sus pacientes de las contraindicaciones de los medicamentos que receten o administren, de tal modo que si se omite el cumplimiento de este deber se incurre en responsabilidad.

En S.T.S., sala de lo Penal, de fecha 3/10/1997, se condena a un médico por imprudencia temeraria del profesional debido a defectuosa información al paciente,

considerando que ésta no es un trámite burocrático estandarizado sino que debe ser suficiente, esclarecedora, veraz y adecuada a las circunstancias del caso concreto.

En Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de abril del 2000, publicada en DM (REVUELTA, 2000) se reconoce que el retraso en la información a un paciente de una enfermedad fatal debido a un error administrativo es un daño moral indemnizable aunque no haya perjuicio para el enfermo y la asistencia sanitaria haya sido correcta. De igual modo, el Juzgado de 1ª Instancia nº 25 de Barcelona, en noviembre de 1998, resolvió que la falta de información médica es un daño moral en sí mismo, que genera responsabilidad médica y un derecho de indemnización en el paciente.

En Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala Contencioso-Administrativa, dictada en abril de 2000, se condena al Insalud, ya que, según la sentencia, el personal médico no informó a un paciente plena y claramente del riesgo de no aplicar un tratamiento médico.

En Sentencia de la Audiencia Nacional de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha 15/03/2000, se condena al Estado a indemnizar a un paciente por el defectuoso seguimiento de los efectos secundarios de una medicación cuyas complicaciones no se habían advertido al enfermo, no existiendo constancia de que fuera imprescindible el tratamiento farmacológico empleado para la curación de las dolencias del demandante.

Y en Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de San Sebastián, de fecha 19/09/2000, se establece que los aspectos relativos a la información continuada y

completa del tratamiento no pueden analizarse por el derecho penal. De manera expresa, el juez refiere: *“No pueden analizarse en el campo del derecho penal cuestiones referidas al carácter continuado y completo de la información atinente al proceso curativo. Esto es materia propia del derecho de daños. No es tarea del derecho penal discernir si la opción facultativa era mejorable o si la información suministrada por los profesionales sobre el contenido del tratamiento y sus sucesivas incidencias o evoluciones, fue comprensible y continuada”*.

LA HISTORIA CLÍNICA.

La documentación clínica tiene un gran interés al constituir el elemento probatorio más importante de la actuación de los profesionales sanitarios en un determinado proceso (DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, 1999). Como señalan numerosas sentencias, entre ellas la Sentencia Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (DM 6/04/99), la historia clínica *“es un elemento clave para determinar cuál fue el exacto proceder del facultativo, y es así porque se elaboran con gran detalle o exactitud, tanto respecto a las actividades realizadas y medidas adoptadas, como respecto a los momentos de su ejecución, llegando a constituir en numerosas ocasiones en el único elemento objetivo disponible para la reconstrucción de los hechos ocurridos”*.

En el **concepto** de Historia Clínica se incluye "toda la documentación médica que se produce como consecuencia de la asistencia prestada a una persona, cualquiera que sea el tipo de soporte en el que se contempla". Según GISBERT CALABUIG y CASTELLANO ARROYO (1998), la historia clínica *“es un documento asistencial resultante de la relación médico-enfermo, en el que se reflejan todos los datos de la anamnesis de la exploración, del curso evolutivo y de la catamnesis final, así como en su caso, de la necropsia de los enfermos asistidos”*.

La **legislación** relativa a la historia clínica se ha ido confeccionando en relación a una serie de derechos del paciente y de deberes del médico.

Los derechos del paciente que han motivado la creación de una normativa legal pueden resumirse en tres: derecho a confección de una historia clínica, derecho

a preservar la confidencialidad de la misma, y derecho a recibir información de ella.

En primer lugar el paciente tiene derecho a que se confeccione una historia clínica de su enfermedad, y en base a ello, la **Ley General de Sanidad 14/86** establece en su art. 10, apartado 11, que *"el enfermo tiene derecho a que quede constancia por escrito de todo su proceso"*. Y en el art. 61 establece: *"En cada Area de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno debería mantenerse, al menos dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos, de los facultativos que estén implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como fines de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes"*.

Uno de los derechos más debatidos y que ocasiona gran numero de conflictos legales es el derecho del paciente a recibir información de su proceso clínico, hecho recogido en la L.G.S. 14/86, en el art. 10, apartado 5: *"derecho del paciente a que se le den en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas del tratamiento"*. El cumplimiento de este requisito no podría llevarse a cabo de manera estricta si no se mantiene una historia clínica actualizada de dicho proceso. En el art. 61 se establece que la historia clínica esté a disposición de los enfermos, sin establecer límites ni excepciones a este derecho, cuestión desafortunada en opinión del Dr. LUNA MALDONADO (1987), al entender que deberían existir ciertos cotos para impedir que llegue información al enfermo que

puede ser perjudicial para el mismo (sobre todo en historias psiquiátricas), o bien datos o comentarios sobre la evolución del paciente o del cumplimiento del tratamiento procedentes de terceras personas o del facultativo que, de saber que el enfermo pudiera tener acceso a los mismos, no los hubiesen proporcionado.

En este sentido la normativa sanitaria dictada por la Generalitat de Cataluña establece que el acceso directo del enfermo a la historia clínica quede reservado a los casos conflictivos.

Por otra parte, la primera normativa global sobre la historia clínica fue dictada por el **Gobierno Vasco, Decreto 272/1986, de 25 de noviembre**, por el que se regula el uso de la Historia Clínica para todo enfermo hospitalizado y para todo enfermo asistido en consulta externa y/o sujeto a tratamiento periódico en un hospital, siempre referido a Centros Hospitalarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco. En este decreto se establece que cuando el motivo de las consultas de la historia clínica sea asistencial, tendrán derecho a acceder a "*la información contenida en la historia clínica*" el paciente o sus familiares o allegados que justifiquen un interés real en el proceso. Es importante subrayar la diferencia recogida en este Decreto entre acceso a la Historia Clínica y acceso a la información contenida en la misma.

Esta primera norma legislativa concreta que establecía y regulaba de manera expresa el contenido de la Historia Clínica fue mejorada con el **Decreto 45/1998, de 17 de Marzo, sobre Historia Clínica en los Centros del País Vasco**, por el que se estableció el contenido y se reguló la valoración, conservación y expurgo de los documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias y de las Historias Clínicas Hospitalarias. Si bien su aplicación se limita al País Vasco,

goza de gran interés al ser la primera de características tan completas y porque resultó sin duda modelo legislativo o práctico para otras entidades gestoras.

A esta normativa le siguieron otras en la **Comunidad Valenciana (D.56/1988, de 25 de Abril)**, en **Cataluña (Orden reguladora de acreditación de hospitales, de 18 de Julio de 1991)**, y, recientemente, la **Ley 3/2001, Gallega, de 28 de Mayo, reguladora del Consentimiento informado y de la Historia Clínica.**

Gran valor tiene el **RD 63/1995 de 20 de enero sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud**, que entre los Servicios de Información y Documentación Sanitaria y asistencial incluye "*derecho a comunicación y entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados contenidos de la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el Centro Sanitario*", lo que, según CORBELLA DUCH (1997), puede resultar una obligación imposible en tanto no exista una definición normativa del objeto.

Finalmente el derecho del paciente a la confidencialidad de todo lo relacionado con su enfermedad es tratado de manera extensa por numerosos textos legales. Así, inicialmente la **Ley General de Sanidad 14/86 que en su artículo 10, apartado 15** recoge el "*derecho del paciente a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia*", extendiéndolo tanto para instituciones hospitalarias públicas como privadas. Y dentro de la legislación sanitaria, el **Reglamento de la Organización Médico Colegial (RD 1018/80 de 19 de Mayo) y el Código de Ética y Deontología Médica de 1999** (arts. 13.1 a 13.6), el valor ético de la historia clínica es puesto de relieve. Por las implicaciones clínicas, éticas y legales de la historia clínica, el médico tiene el deber y el derecho de redactarla. Ha de

conservarla a seguro de riesgos físicos o de invasiones injustificadas. Se regulan los usos legítimos de las historias clínicas para fines de investigación, docencia y auditoría, para los que será necesaria la autorización de médicos y pacientes. Se dan indicaciones sobre el plazo de conservación de las historias, sobre su transmisión a otros colegas, y sobre las circunstancias y modos de destrucción de los archivos.

Desde una perspectiva legislativa más general, en relación a la salvaguarda de la confidencialidad de la historia clínica, se cita en primer lugar la **Constitución Española** que garantiza en su art. 18 el derecho a la intimidad personal de todos los ciudadanos españoles, y por otra parte el **Código Penal de 1995**, que sustituye el silencio del anterior en relación al secreto médico por una atención tan prolija como severa, sancionando la revelación del mismo con penas de prisión e inhabilitación para el ejercicio profesional en varios artículos (199, 197 y 413).

Asimismo debemos mencionar otros textos legales, tales como la **Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del Tratamiento de Datos Automatizados de carácter personal** (artículos 93 y 43), la **Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen**, el **RD 994/1999, de 11 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal**, el **RD 1332/94, de 20 de Junio, por el que se desarrollan algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/1992** y finalmente la **Ley Orgánica 15/99, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal**.

Para finalizar con la revisión de la normativa legal relacionada con la historia clínica, hay que hacer referencia a una cuestión muy delicada en cuanto al deber del médico de proporcionar la historia clínica al juez si éste la solicita, ya que su

denegación podría llevar al facultativo a incurrir en dos tipologías delictivas según el actual **Código Penal**: en primer lugar, "*Desobediencia o denegación de auxilio a las Administraciones Públicas y a la Administración de Justicia*", (art. 410) o no prestación del debido auxilio a la Administración de Justicia (art. 412); y en segundo término, "*Resistencia o Desobediencia a la Autoridad*" (art. 550) o los que los desobedecen gravemente en el ejercicio de sus funciones (art. 556).

Parece interesante hacer mención de ciertos problemas éticos y jurídicos, relacionados con la historia clínica. Tales son el de la propiedad de la historia clínica, el contenido de la misma en relación a demandas contra el médico por "mala praxis" y la protección de confidencialidad de las historias clínicas.

Por lo que respecta a la **propiedad de la historia clínica**, la petición del historial clínico por parte del paciente o incluso del juez se vincula con una cuestión muy debatida, y es el de la propiedad de la historia clínica, cuestión de gran importancia ya que, como vimos anteriormente está en juego la responsabilidad del médico al depender de ella la obligación de atender la demanda judicial cuando así lo requiera.

Existen disparidad de opiniones en relación a la propiedad del documento médico. Así se la disputan el médico que la confecciona, la Institución Sanitaria que la guarda en caso de asistencia institucionalizada, o el paciente que la proporciona. Existen fundamentalmente dos criterios que entran en conflicto, el derecho de propiedad por confección y el derecho de propiedad por protección a la intimidad personal.

Según algunos autores, el médico es el propietario de la historia clínica al

ser su autor, en la medida en que ésta no es una transcripción objetiva de los datos proporcionados por el paciente, sino una interpretación y valoración subjetiva de los mismos. En tal sentido, no es una transcripción de la realidad clínica, sino reconstrucción de la misma en cuanto a los juicios diagnóstico, pronóstico y terapéutico. Según MARTÍNEZ LÓPEZ DE LETONA (1997), no existen uno, sino varios tipos de historias clínicas: historia hipocrática, que pretende ser lo más objetiva posible, historia personal o subjetiva, en la que el médico incluye sus impresiones, opiniones, juicios valorativos y similares, e historia judicial, que recogería tan sólo los datos concretos que podrían ser solicitados por el juez.

Por otro lado, el derecho a la intimidad, reconocido ampliamente en nuestra legislación, exige mantener en secreto la información proporcionada por el paciente de la cual, en última instancia, según esta tesis, sería el exclusivo propietario de la misma. Según esta teoría, ni el médico ni la institución sanitaria son propietarios de la historia clínica, sino meramente depositarios de la misma, lo que obliga a su custodia y protección y, a su vez, a proporcionar cuanta información solicite el paciente.

CORBELLA DUCH (1997) opina que la Historia Clínica es propiedad del profesional sanitario (cuando actúa como empresario autónomo), o bien del centro (en el caso que tenga personalidad jurídica) o institución a la que los profesionales presten su trabajo, pero sería muy útil una norma general que en la misma línea que el artículo 4 del Decreto de la Comunidad Valenciana, disponga sencillamente, *"las historias clínicas son propiedad de la institución"*.

En el II Congreso Nacional de Derecho Sanitario celebrado en Madrid en 1995, se defendieron tres criterios respecto a la propiedad de la historia clínica:

potestad absoluta del juez, potestad relativa de la autoridad judicial o potestad absoluta del paciente.

La primera tesis aboga por la propiedad absoluta del juez y, en este sentido, los representantes de la Administración se muestran partidarios de proporcionar al juez toda la información contenida en la historia clínica, según defiende la Consejería Técnica del Ministerio de Sanidad. En la práctica acontece que los jueces exigen la remisión de las mismas para incorporarlas a los procedimientos judiciales, y en casos extremos envían a la Policía Judicial a los Centros Sanitarios a confiscar los historiales, hecho de enorme gravedad en Clínicas Obstétricas y Psiquiátricas, donde la confidencialidad parece adquirir mayor exigencia en opinión de algunos autores.

Ahora bien, la entrega de una historia clínica por parte de un médico que ha sido denunciado por una posible "mala praxis" equivale a declarar contra sí mismo, lo que vulnera el derecho constitucional reconocido en el artículo 24 de nuestra Carta Magna, lo que indirectamente ampara desde el punto de vista legal la negativa de aportar una historia clínica en un proceso judicial. Y es que, en numerosas ocasiones, la historia clínica constituye la base esencial para imputar la responsabilidad penal o para procesar al facultativo, por lo que el médico podría alterar o retirar elementos de la historia clínica antes de entregarla al juez, opinión expuesta por CANTERO RIVAS (1996), letrado de la Asesoría Judicial Central de INSALUD, según el cual *"a falta de una regulación específica, las leyes procesales ponen al médico al borde del delito de desobediencia jurídica"*, argumento no compartido por numerosos juristas, y menos aún por los jueces. Según este autor, la obligación de entregar la historia clínica al juez podría atentar a tres derechos fundamentales: revelar la intimidad del paciente, ser

inculpatórios contra éste, propietario de la información revelada, y ser autoinculpatórios para el propio médico, con lo que *"imponer al médico la decisión sería convertirlo en juez y parte"*.

La mayoría de juristas entienden que en los procedimientos penales la historia clínica debe ser remitida a las autoridades judiciales. Así, ROMEO y CASTELLANO (1993) refieren que *"no parece que de la entrega de la historia clínica pueda deducirse una autoinculpación para el médico, pues la historia y lo que de ella se interprete es un elemento más que, junto a otros elementos de prueba, llevará o no a la convicción del juez de la culpabilidad del profesional"*.

Además, por parte del paciente existe el derecho, también fundamental, a obtener la tutela efectiva de los tribunales y jueces en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. El centro sanitario no es mero depositario, sino propietario de la historia clínica, y a éste no cabe duda que no le afectan las posibles restricciones de entrega comentadas". En el mismo sentido, MARTÍN BERNAL (1998) comenta que *"la historia clínica se convierte en los procedimientos penales en el medio y documento imprescindible para el esclarecimiento de unos hechos"*.

En el ámbito del derecho civil, recientemente una sentencia de la Sala Primera del T.S. (1999) establece que poner obstáculos al proceso -como impedir el acceso a la historia clínica- obliga al médico a probar su inocencia (inversión de la carga de la prueba).

Y en el proceso contencioso administrativo, la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en su art. 48 dispone que *"el expediente original o copiado se enviará completo, foliado y en su caso autenticado, de los documentos que contenga"*. Dicha ley dispone sanciones –multas- que tratan de impedir que la Administración oculte datos esenciales para la resolución de la causa, garantizando con ello la igualdad de las partes en el proceso.

ROMEO CASABONA (1995), en relación a procesos civiles, laborales o contencioso-administrativos *"debe conciliarse el derecho a la confidencialidad del paciente y no ponerse a disposición del juez, si el paciente no lo consiente, ya que en ocasiones puede perjudicar a sus intereses y en otras beneficiarle"*.

Una segunda tesis, propugnada por la Comisión Deontológica de la Organización Médica Colegial y destacados juristas, defiende la potestad relativa del juez en la historia clínica, apoyado en criterios deontológicos y juristas. Así, desde el matiz deontológico, HERRANZ RODRÍGUEZ (1995) entiende que el médico está obligado a cooperar con la Justicia, pero también a preservar la intimidad del paciente. Así, el art. 18 del Código Deontológico de los médicos reconoce explícitamente la obligación del médico de preservar datos importantes del paciente ante los Tribunales de Justicia, en aras de no lesionar su intimidad. Un informe médico, por otro lado, es mucho más revelador que una historia clínica completa, y en aquél puede preservarse mejor la intimidad del paciente, ocultando datos irrelevantes para el juez, pero que pueden atentar innecesariamente contra la honorabilidad y la reputación del paciente.

En la vertiente jurista, algunos magistrados, como ALVAREZ CIENFUEGOS (1998), limitan la potestad del juez, aconsejando a los médicos que soliciten al juez que especifique el sentido y el fin de los datos requeridos sin que por

ello incurran a su juicio en desacato. El mismo magistrado entiende que el conflicto planteado por la inseguridad jurídica vigente en el C.P. (art. 199, violación del secreto médico) *"hace urgente la aprobación de una ley que regule el secreto profesional y que desarrolle el art. 24 de la Constitución"*, e insiste en que el médico no está obligado a revelar el secreto, aun cuando venga determinado por imperativo legal. Y cuando el médico se encuentra frente a la tesitura de revelar datos íntimos del paciente, *"debería ponderar qué debe prevalecer, si el deber del derecho a la intimidad del enfermo o el de una correcta administración de justicia, puesto que la obligación del secreto, reserva o sigilo es inherente al ejercicio mismo de la profesión médica"*.

Y una tercera alternativa parte de la defensa de la propiedad del paciente sobre la historia clínica, tesis compartida por GARCÍA HERNANDEZ y MARZO MARTÍNEZ (1996), quienes sostienen que, cuando el juez ordena al médico que le entregue el historial, éste está obligado a solicitar autorización escrita del paciente al ser su propietario. En el supuesto de que el paciente se niegue, sería él y no el médico quién podría ser acusado de desobediencia u obstrucción a la Justicia.

Cuando la historia clínica sea reclamada al paciente por hallarse éste imputado en una causa legal, podría acogerse no obstante al derecho constitucional que ampara la negativa a declarar contra sí mismo.

Y según defienden determinados magistrados si la historia clínica es solicitada por el juez en los casos de una presunta "mala praxis médica", el médico imputado debería solicitar permiso del paciente para entregarla.

En el caso especial de la relación entre el psiquiatra y sus pacientes,

HERRANZ RODRIGUEZ (1995) entiende que siempre se debería reconocer la condición de "secreto privilegiado", nunca derogable, a las confidencias que el enfermo mental hiciera a su médico, problema que se resolvería haciendo dueño de su privacidad al paciente y a los familiares o allegados que proporcionaron datos de la evolución clínica del enfermo, de manera que pudieran siempre decidir qué consienten que se sepa.

En cuanto al **contenido de la Historia Clínica**, en los casos de acusación contra el médico de "mala praxis", como ya hemos comentado reiteradamente, tiene enorme importancia la historia clínica, debido al alto valor probatorio que posee en la actualidad en nuestros Tribunales de Justicia.

El Decreto 45/1998 de 17 de marzo del País Vasco por el que se establece el contenido y la valoración, conservación y expurgo de los documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias y de las Historias Clínicas Hospitalarias, concreta de manera expresa que *"la Historia Clínica forma un expediente integrado por los siguientes tipos documentales: Hoja Clínico-Estadística; Hoja de autorización de ingreso; Hoja de consentimiento informado; Hoja de Anamnesis y Exploración física; Hoja de Evolución; Hoja de Ordenes Médicas; Hoja de Informes de Exploraciones Complementarias; Hoja de Interconsulta; Hoja de Informe Quirúrgico y/o de Registro del Parto; Hoja de Anestesia; Hoja de Infección Hospitalaria; Hoja de Evolución y de Planificación de Cuidados de Enfermería; Hoja de Aplicación Terapéutica; Hoja de Gráfica de constantes; Hoja de Informe de Necropsia; Hoja de Urgencias; Hoja de Alta Voluntaria; Hoja de Informe Clínico de Alta; y Radiografías u otros documentos iconográficos"*.

En los artículos 11 y 12 de este Decreto se dispone que *"la Hoja de informe*

Clínico de Alta, la Hoja de Alta Voluntaria, la Hoja de Consentimiento Informado, la Hoja de Informe Quirúrgico y/o Registro del Parto, la Hoja de Anestesia, la Hoja de Informes de Exploraciones Complementarias, la Hoja de Informes de Necropsia, así como las Hojas de Anamnesis y Exploración Física y las de Evolución correspondientes a los episodios asistenciales sobre los que no exista Informe de Alta deberán conservarse de manera definitiva. Y los restantes documentos podrán ser destruidos a partir de los cinco años desde la fecha del alta correspondiente al último episodio asistencial en que el paciente haya sido asistido en el Hospital”.

Aunque lo aquí dispuesto es de única aplicación legal en el País Vasco, este Decreto puede suponer *"un buen instrumento de utilidad práctica para el perito que se enfrenta a un caso de responsabilidad sanitaria y tiene que desentrañar lo que ocurrió en el pasado, al establecer todo lo que una buena historia clínica debería contener, dónde debería estar cada información, saber toda la clase de información que puede ser precisa para valorar un caso determinado, y conocer si allí están todos los datos importantes o, por el contrario, faltan informaciones imprescindibles o necesarias, en cuyo caso deberíamos preguntarnos por la causa de dicho defecto y cómo subsanarlo"* (DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, 1999).

Hay autores que recomiendan una serie de elementos mínimos que acrediten la diligencia profesional del médico en juicio, cuya omisión (o comisión) pudieran acarrear responsabilidad en el facultativo. Estos elementos pueden ser de dos órdenes: por omisión de información o por comisión de errores.

Entre los elementos por omisión de información, la historia clínica debería hacer constar, aparte de los aceptados por todos (anamnesis, exploración, pruebas

complementarias, y juicios diagnósticos, pronóstico y tratamiento) al menos de: consentimiento informado personalizado o rechazo informado y por escrito del tratamiento; información proporcionada al paciente sobre su evolución clínica; registro de los problemas que van surgiendo, especialmente cuando el médico trabaja en equipo (puesto que, de lo contrario, un facultativo que se hace cargo del paciente puede alegar que no constan determinadas circunstancias que pueden resultar decisivas); datos sobre alergias, efectos secundarios, intolerancias, etc., de los medicamentos prescritos; faltas a las citas o inobservancias terapéuticas que puedan ser responsables de complicaciones sobrevenidas; y remisiones o interconsulta con otros especialistas.

En este sentido, DONALDSON (2000), presidente del Comité de Responsabilidad Profesional de la Academia Americana de ORL, transmitía una serie de características que debe poseer una buena historia clínica desde el punto de vista judicial:

- Contemporánea. Cuando el médico realiza una intervención debe registrarla inmediatamente. Un tribunal cree a pies juntillas lo escrito de modo simultáneo al acto clínico.

- Objetiva. Conviene no incluir comentarios subjetivos, sobre todo si pueden malinterpretarse en sentido peyorativo hacia el paciente. Si es preciso hacer una valoración, la redacción debe ser aséptica.

- Sin enmiendas ni tachaduras. *“Si alteras el historial, el juego habrá terminado: has perdido el juicio”*, refiere el experto con contundencia. Si es preciso hacer correcciones porque se esté en desacuerdo con algún contenido de la historia, debe introducirse una addenda con fecha y firma que corrija el texto o manifieste el desacuerdo.

- Registrar los problemas. Esto es especialmente importante si el médico

trabaja en equipo, para que un colega no pueda decir que se le privó de información relevante.

- Información. La historia es el soporte que mejor refleja la información.

En relación a la **protección de la confidencialidad de las Historias Clínicas**, existen autores como CANTERO RIVAS (1996), que entienden que el propietario material de la historia clínica es el centro sanitario, el dueño intelectual el médico y el titular de su intimidad el paciente. En cualquier caso, al centro sanitario y al médico como depositario de esa intimidad, les corresponden la obligación de preservarla, hecho que no siempre es fácil en la medicina institucionalizada.

Expertos en materia de seguridad estiman que la responsabilidad del centro comienza y acaba al aplicar unos estándares mínimos de seguridad, entre los que se encuentran los siguientes: archivo central de historias clínicas; control de entradas y salidas, con mención del profesional que solicita la historia, del responsable del traslado y de su devolución; seña y contraseña de todo el personal que tiene acceso a las historias informatizadas; negativa de entrega del historial clínico a persona ajena sin autorización ajena del paciente; y confección de un protocolo en el que se haga constar la finalidad del estudio en los casos de utilización de las historias clínicas con fines extraasistenciales (didácticos, de investigación, etc.) en el que conste el compromiso que garantice la no difusión de los datos.

Sin embargo muchas dificultades hacen muy caro el control exhaustivo de las medidas protectoras que en último extremo dificultarían la propia eficacia de la asistencia. En esta línea, se entiende que una excesiva burocratización del control (precinto del historial durante el traslado, por ejemplo) haría inoperante la asistencia,

particularmente en la práctica urgente. Del mismo modo la limitación del acceso informático exclusivamente a la historia de cada médico responsable, podría bloquear la actividad del centro.

Respecto a la **revisión jurisprudencial de la Historia Clínica**, consideramos de especial interés las siguientes sentencias:

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 15/01/1999, que zanja la disparidad entre la demanda y el testimonio médico mediante el historial clínico del paciente. El tribunal se apoyó en la historia clínica para dirimir la disparidad de versiones entre las partes. La demanda aumentó la importancia de los presuntos síntomas con los que el paciente acudió a Urgencias, lo que habría convertido en una solución descabellada remitirlo -como se hizo- a otro centro. El cruce de dos historias clínicas permitió apreciar que los síntomas no eran alarmantes, por lo que la desviación resultó procedente y el infarto imprevisible.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipuzcoa, de junio de 1999: la clave del fallo absolutorio favorable a los facultativos fue la cuidadosa elaboración de las historias clínicas que, al cruzarlas, arrojaron el cuadro real de una asistencia que resultó ser completa, según el fallo. Según la sentencia: *“El cruce de todas las historias permite al tribunal comprobar -a instancias de Carlos Callejero, abogado del Colegio de Médicos de Guipúzcoa- que la ausencia de desatención o error en la prescripción que, de haber estado presentes, hubiesen podido evitar el óbito. No se puede atribuir a los médicos la creación de ningún riesgo, por lo que procede a su absolución”*.

En sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón, de noviembre de 1999, revisada por ESTEBAN (1999) en Diario Médico, se consideraron claves tanto la Historia Clínica como la declaración testifical para la absolución de un facultativo. El contenido del historial clínico constituyó prueba suficiente de que se habían realizado las pruebas preoperatorias pertinentes y de que se había informado a la paciente.

En sentencia de la Audiencia Nacional, de mayo del 2000, cuyo ponente fué el Excmo. Sr. Eduardo Guerrero Zaplana, la historia clínica dio la razón a los demandantes al revelar la deficiente actuación prestada, hecho que confirma que una historia bien hecha se puede convertir en el mejor aliado de un médico o en el peor enemigo del médico en juicio.

En sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de León, de fecha 12/11/1996, se condena a tres médicos por una imprudencia evitable. Se consideró falta de imprudencia con resultado de muerte al entender que si los facultativos hubieran observado la historia clínica de un enfermo psiquiátrico hubieran podido subsanar el error terapéutico que llevó a la muerte del paciente.

En sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, de fecha 19/12/2000, se establece que el médico debe facilitar a la inspección sanitaria el acceso a las historias clínicas íntegras: *“Resulta evidente la necesidad en la distribución horizontal y vertical del trabajo sanitario de que exista acceso al historial médico por personal auxiliar o superior jerárquico en orden a la evaluación o supervisión de su trabajo, quienes por una parte no pueden ser considerados como terceros a efectos del conocimiento por razones profesionales, pero a quienes lógicamente también es predicable la condición de confidentes*

necesarios, determinante de la obligación de sigilo y reserva de lo conocido por este medio. Por ende, el conocimiento por la Inspección Sanitaria de los historiales clínicos, cuyos integrantes tienen además la condición de médicos, en absoluto implica revelación de secretos, tanto por su funcionalidad, como por su autorización legal”.

En STC 1463/2000, el Tribunal Constitucional anula varios artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal por limitar el poder del paciente sobre su propia historia clínica. Aduce el Defensor del Pueblo en recurso posteriormente estimado que, la interpretación conjunta de los dos preceptos legales recurridos, concretamente el apartado 1º del art. 21, apartados 1º y 2º del art. 24 de la citada Ley, que fueron declarados nulos y contrarios a la Constitución el 30/11/2000, produce el resultado de que la Ley de Protección de Datos posibilita: *“En primer lugar, que puedan hacerse cesiones de datos entre Administraciones Públicas para fines distintos a los que motivaron su recogida; en segundo lugar, que el titular de estos datos no sea informado cuando se recaban de la posibilidad de dicha cesión, al no estar prevista en la norma que crea y regula el fichero; en tercer lugar, que la propia cesión se efectúa sin el consentimiento del afectado; y, en cuarto y último lugar, que la autorización para efectuar esas cesiones puede contenerse en una norma de rango inferior a la Ley”.*

En sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, publicada el 18/05/2000 por DM, se establece que la falta de aportación de la historia clínica o su pérdida perjudica a todos los demandados -facultativos y sanitarios- que intervinieron en un error médico. Dice la sentencia: *“Ante la falta de aportación de la historia clínica para determinar si el error en la dosis de un medicamento fue debido a fallo de la actuación de*

un médico o del personal de una clínica se debe proceder culpando a todos ellos. Al no haberse aportado la historia clínica, o conjunto de hojas de asistencia que hubieran de sustituir a una historia formal, no había pruebas seguras y directas de si el grave error en la dosis adecuada del medicamento se debió al facultativo que lo prescribió o a los servicios sanitarios de una clínica privada que los administró. Así, ante la no aportación de dicho material documental y ante el cruce de imputaciones entre estos demandados sobre quién pudiera tenerlo en su poder, el proceder lógico es invertir la carga de la prueba y considerar que ninguno de ellos pueda considerarse exculpado, cosa que autoriza una numerosa jurisprudencia que admite semejantes excepciones a la norma general de no operatividad de la inversión en materia de responsabilidad de los profesionales sanitarios”.

Línea similar siguió la sentencia dictada por el Tribunal Supremo en junio de 1999, que condenó a un facultativo ante la ausencia de la historia clínica, que habría permitido confirmar la diligencia que éste alegaba haber observado en la atención al paciente. El caso parece una síntesis de las claves asistenciales y jurídicas que últimamente están destilando los tribunales respecto a la responsabilidad: papel determinante de la historia clínica. El principal argumento del facultativo -absuelto por un juzgado y condenado luego por la Audiencia Provincial de Málaga- ante el Tribunal Supremo es que *"la ausencia de la historia clínica completa en el procedimiento hace imposible una adecuada valoración de la asistencia prestada"*. La sentencia no puede ser más contundente: *"El argumento hay que interpretarlo a contrario sensu. La ausencia del historial clínico constituye una negligencia adicional de carácter burocrático"*.

Es de interés la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de fecha 06/07/2001, que ratifica Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 7 de Elche, de fecha 24/02/2001, que, por un lado, aborda el problema del acceso a la

Historia Clínica considerando que tal documento nunca puede ser propiedad de tercero, ni siquiera del propio interesado, y por otro, permite preservar las anotaciones subjetivas al entregar la Historia Clínica a un paciente:

“La Historia Clínica comprende no sólo datos objetivos, que esos sí deben serle entregados al paciente que lo reclama sobre la atención recibida, sino además datos personales y propios de estudios, hipótesis, impresiones plasmadas en papel, etc., que no pertenecen al paciente sino al profesional que le atendió. Aún cuando la LGS habla de información a los propios pacientes y a los familiares de los mismos, del curso de la evolución de la enfermedad, también habla de la confidencialidad de los datos, del secreto médico. Porque pudiera ocurrir que el propio paciente fallecido hubiera revelado datos íntimos al médico que le atendía, que éste los hubiera reflejado en su fichero personal, y que aquél no hubiera querido que trascendieran ni siquiera a sus familiares más allegados. Pensemos por ejemplo en el caso de los psiquiatras, o en el caso de datos personales de índole familiar que lleven a un paciente a un estado de ánimo, o incluso datos revelados al médico que supongan una liberalización de su conciencia. Por tanto tampoco es lo mismo la entrega del historial médico al propio paciente, que la entrega realizada a un familiar.

Hay que adicionar un criterio de lógica humana, de racionalidad, y es que en la vida las acciones se deben regir por un principio de proporcionalidad, y más en el mundo del Derecho; carece del más absoluto sentido, reclamar a un médico los datos subjetivos que pudiera poseer de un paciente, o incluso objetivos como las distintas posibilidades de diagnóstico derivadas de un criterio personal de apreciación del Doctor, dado que la Medicina no es una ciencia exacta, para buscar el modo o manera de denunciarlo o de reclamarle en base a una imprudencia profesional, sin siquiera haberse expresado en qué sentido o de qué forma se entiende que el médico incurrió en responsabilidad. Los términos de la demanda

expresados no dejan lugar a dudas a este respecto, y plantean una desproporción evidente entre lo que se solicita, y lo que se pretende. Por ello debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto”.

En derecho comparado, es interesante la sentencia del caso de James v. Mantica et al. dictada (en noviembre de 1999) por el Tribunal de Apelación del Estado de Nueva York, cúpula de la jerarquía judicial, que establece que la Administración sanitaria puede retirar datos de la historia clínica si concurre riesgo de daño para el propio paciente o para un tercero, siempre que acredite que el riesgo es real. La fórmula legal adoptada por el Estado de Nueva York, como refiere GIL (1999) ha sido la propugnada en España por magistrados como José María Álvarez Cienfuegos, juristas como Roberto Cantero o expertos en ética clínica, como María Teresa Delgado y Nieves Martín Espíldora, del Instituto de Bioética y Ciencias de la Salud de Zaragoza.

SECRETO MEDICO.

Según los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial (RD 1018/80) se entiende por **secreto médico** “*aquellas confidencias que por razón de su profesión, el médico recibe de sus clientes, conducentes a recibir a cambio un consejo o un servicio correspondientes a esta profesión*”. Su amplitud no queda restringida a las manifestaciones que el paciente hace a su médico, sino que se concierne a todas aquellas que el médico observe y conozca relacionadas con la enfermedad.

Por otro lado, los mismos Estatutos establecen (art. 64) como falta disciplinaria grave “la infracción del secreto profesional por culpa o negligencia con perjuicio para tercero”, y tipifica como falta muy grave “la violación dolosa del secreto profesional”.

De la relación médico-paciente nace un pacto tácito entre ambos, la obligación moral del sigilo profesional, que no requiere petición explícita del enfermo y que se desprende de la naturaleza misma del acto médico.

Pero esta obligación incluye una serie de **circunstancias** que deben concretarse, tales como el alcance del mismo, la naturaleza de la información, las modalidades del compromiso o la duración del mismo.

En relación al ***alcance*** del secreto médico debe señalarse que su obligatoriedad comprende no sólo la naturaleza de la enfermedad (diagnóstico, cuadro clínico, etc.) sino también las circunstancias morbosas (pronóstico, heredabilidad, tratamiento, etc.) o ajenas a la misma (consecuencias deshonorosas, por ejemplo).

Por lo que se refiere a la **naturaleza de la información**, el juramento hipocrático dice que el secreto profesional no sólo abarca la información que el médico haya obtenido durante su ejercicio profesional (historia clínica, exploración, etc.) sino también lo que en razón de sus conocimientos profesionales puede conocer fuera de ésta. Esto es, la simple observación de una persona en situación ajena a la práctica profesional puede llevar a identificar algún tipo de anomalía física o mental, cuya revelación puede suponer para el sujeto algún perjuicio, en cuyo caso el médico está igualmente obligado a callar.

Respecto a las **modalidades del compromiso**, la obligación existe no sólo cuando se ha establecido entre paciente y médico un compromiso expreso, sino en cualquier circunstancia. Ya que la misma naturaleza del acto médico supone una promesa tácita de guardar el secreto.

Y en relación a la **duración del compromiso**, la naturaleza tuitiva de la dignidad de la persona determina que el deber de secreto no concluya con la finalización del tratamiento, ni siquiera con el fallecimiento del enfermo, apreciaciones recogidas en el C.E.D.M. (artículo 16.4) y la Ley Orgánica de Protección Civil al Honor, a la Intimidad y a la Propia Imagen, que califica el derecho del deber de secreto profesional como irrenunciable, inalienable e imprescriptible, salvo los casos de autorización legal expresa o consentimiento del paciente.

El secreto profesional médico se **fundamenta**, por tanto, **en la propia naturaleza del acto médico**, ya que la revelación de una serie de datos del paciente o de la enfermedad de éste por parte del médico pueden constituir un perjuicio para el primero. Representa una garantía social y una obligación de justicia, es decir, una

obligación ética y jurídica que se ha justificado desde tres tipos de doctrinas, la del orden público, la del contrato y la del interés del paciente.

En su formulación más pura, la **doctrina del orden público** considera que el secreto médico protege intereses generales y no derechos individuales del médico o del paciente. El médico es respecto del paciente un confidente necesario porque éste debe confiarle datos íntimos de su propia vida, o de permitirle descubrir datos que él mismo ignora para que el tratamiento que reciba pueda ser correcto. La confianza del enfermo en el médico, al ser la salud un bien esencialmente protegido, se garantiza ante todo en orden a la buena marcha de la sociedad.

La **doctrina del contrato** establece que la obligación de guardar secreto no tendrá otro origen que el contrato de servicios médicos, al que vendría a incorporarse como cláusula natural o consuetudinaria, libremente exigible o renunciable por venir establecida en beneficio del enfermo.

Y en la **doctrina del interés del paciente** se destaca que el bien protegido es, fundamentalmente, la esfera íntima del paciente, derecho fundamental constitucionalmente consagrado, lo que explica también la protección penal y que, en cuanto refleja el principio general de respeto a la dignidad de la persona, resulta inmediatamente derivado de las reglas éticas de la profesión médica y es por tanto del orden público, por lo que el derecho-deber de sigilo existe y puede ser actuado con independencia de la voluntad declarada del enfermo.

Así, la obligación de guardar sigilo profesional, no sólo proviene de los derechos fundamentales de la persona (su intimidad y su dignidad), sino también de la

propia eficacia del acto médico, el cual se monta sobre el principio de “confianza” mutua, (etimológicamente confianza proviene del latín cum-fides, de fiarse mutuamente).

El secreto médico está recogido en multitud de **normas legales**, ya sea de carácter general como la propia Constitución, de tipo sanitario, como la Ley General de Sanidad, penales como el Código Penal, etc.

I. En la **CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**, se consagran como derechos fundamentales y libertades públicas, por un lado, el derecho a la intimidad personal de todos los ciudadanos (art. 18), que pretende garantizar el interés del paciente, y por otro lado, el derecho al secreto profesional (art. 20), ideado este para proteger la posición jurídica del médico, si bien remitiendo ambos su regulación a una Ley posterior, al establecer en el art. 43 que los derechos de todos respecto a la protección a la salud serán establecidos por la Ley.

II. La **LEY ORGÁNICA 1/1982 DE PROTECCIÓN CIVIL DE DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN** reconoce implícitamente el secreto profesional como un deber, ya que en su art. 7 considera como intromisión ilegítima, la revelación de los datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

III. La **LEGISLACIÓN SANITARIA** contiene numerosas normas que insisten en la obligatoriedad del secreto médico:

III.a) La LEY GENERAL DE SANIDAD 14/86 de 25 de abril establece los derechos de todos respecto a las distintas administraciones sanitarias y, entre ellos, en el art. 10, apartado 3º, se encuentra la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia, que abarca a los datos recogidos en la historia clínica.

III.b) La legislación sanitaria acerca de materias concretas recoge también referencias destinadas a garantizar el secreto médico: RD 2070/1999, de 30/12, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos; RD 561/1993 sobre Ensayos Clínicos; RD 1910/1984 de 26/9 sobre Receta Médica; y la Ley 35/1988 de 22/11 sobre Técnicas de Reproducción Asistida Humana.

III.c) También la NORMATIVA DE LA SEGURIDAD SOCIAL recoge esta obligación en diferentes normas legales: Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social (Decreto 3160/1966 del 23/12), tipificando como falta grave la revelación del secreto médico y Reglamento General para el régimen, gobierno y servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (OM de 1972).

III.d) También es recogido en el REGLAMENTO ORGÁNICO DEL CUERPO DE MÉDICOS FORENSES de 23/3/1996, artículos 47, 77 y 78.

III.e) El CODIGO de ÉTICA y DEONTOLOGÍA MÉDICO ESPAÑOL de 1999, en el capítulo IV trata del secreto profesional médico.

IV. La LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, promulgada por RD de 14 de septiembre de 1882, establece que cualquiera que sea el criterio acerca del secreto médico, todo facultativo viene obligado a denunciar los delitos que llegaron a su conocimiento con motivo de su actuación profesional.

V. El CÓDIGO PENAL de 1995 establece por primera vez el delito de divulgación de secretos de otra persona, concretamente el art. 199 establece: *“El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o de sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de 1 a 3 años y multa de 6 a 12 meses. El profesional que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de 1 a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de 2 a 6 años”*.

El artículo 201 refiere que *“para proceder por este delito será necesaria denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando aquella sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal, no siendo necesaria la denuncia cuando el autor sea autoridad o funcionario público ni cuando la comisión del delito afecte los intereses generales o a una pluralidad de personas. El perdón del ofendido o de su representante legal en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, sin perjuicio de lo dispuesto en el 2º párrafo del nº4 del artículo 130”*. (Es decir, que si el que perdona es menor o incapaz, los Jueces o Tribunales, oído el Ministerio Fiscal, pueden rechazar la eficacia del perdón y ordenar la continuación del procedimiento).

Un caso particular sería el médico que ejerza su actividad profesional como funcionario público (ej., médico forense), siendo aplicable en esta situación la

figura de “violación de secretos” contemplada en los arts. 417 y 422. El artículo 417 refiere que *“la autoridad o funcionario público que revele secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, y que no deban ser divulgados, incurrirá en pena de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público durante 1 a 3 años; si se deriva grave daño para la causa pública o para tercero la pena será de prisión de 1 a 3 años y la inhabilitación de 3 a 5 años; y si se trata de secretos de un particular, las penas serán de prisión de 2 a 4 años, multa de 12 a 18 meses y suspensión para empleo o cargo público de 1 a 3 años”*. En el artículo 422 se amplían las penas cuando de la revelación de secreto se siga beneficio económico para sí o un tercero.

VI. LEGISLACIÓN RELACIONADA CON LA INFORMÁTICA. El desarrollo de la informática aplicada a la medicina (Banco de datos, Servicio Centralizado de Historias clínicas, etc.) plantea serios problemas para la salvaguarda del secreto profesional, pudiendo violarse el derecho del paciente a su intimidad. En base a ello el ordenamiento jurídico internacional y español regulan el uso y límites de la utilización de los datos médicos informatizados.

VI. A) De la LEGISLACIÓN INTERNACIONAL, mencionar que el Consejo de Europa mediante el Convenio de Europa de 1981, ratificado por España en 1984, dictó una reglamentación acerca de los bancos de datos médicos automatizados, considerando que los datos clínicos y sanitarios no pueden automatizarse como norma general, que una vez informatizados solo pueden circular a través de los circuitos internos de la administración sanitaria y centros sanitarios con garantías de confidencialidad, que solo pueden tener finalidad médico-curativa, de salud pública, de gestión de servicios médicos o bien de investigación médica, con acceso limitado a miembros de la profesión médica y personal paramédico; Sólo se informatizarán en

casos estrictamente necesarios para el cumplimiento de las funciones profesionales, con el deber de respetar la confidencialidad de los mismos y de vigilar por su correcta utilización y con derecho del interesado a ser informado del contenido de los datos personales automatizados, salvo que se trate de información cuyo conocimiento pueda causarle efectos dañosos graves.

VI. B) La LEGISLACIÓN ESPAÑOLA revisa el secreto profesional relacionado con la informática en varias normativas jurídicas: Constitución Española (art. 18.4), la L.O. 1/1982 sobre Protección Civil del Honor y de la Intimidad (disposición transitoria 1ª), la Ley General de Sanidad de 1986 (art. 111.6 determina las personas autorizadas a utilizar ficheros informáticos de carácter médico, así como la exigencia del respeto a la intimidad del paciente y el deber de secreto profesional de quienes acceden a tales ficheros), y la L.O. 5/1992 de Regulación de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, modificada por la L.O. 15/1999 de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Regula expresamente la confidencialidad de datos médicos informatizados (solo pueden recogerse datos adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades legítimas según el caso; debe informarse previamente a los afectados de modo expreso, preciso e inequívoco, y éstos deben prestar su consentimiento -salvo que la ley disponga otra cosa-, existiendo ciertos datos especialmente protegidos -ideología, religión, creencias, raza, salud, vida sexual, etc.- que están especialmente protegidos: consentimiento expreso y escrito, con derecho a no prestarlos. Deben establecerse medidas de índole técnica y organizativa encaminadas a garantizar la seguridad de los datos de carácter personal y a evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado; se establece el deber de secreto profesional y de custodia; pueden cederse datos relativos a la salud para solucionar una urgencia o para realizar

estudios epidemiológicos; los afectados tienen derecho de información, acceso, rectificación y cancelación de sus datos personales informatizados; los interesados poseen la tutela de los derechos y tienen derecho a ser indemnizados en caso de actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente ley y que originen daño o lesión en sus bienes o derechos.

Existe una numerosa legislación relacionada con la anterior Ley Orgánica, como son el RD 1332/1994, de 20 de Junio, por el que se desarrollan algunos aspectos de la Ley Orgánica 5/1992; RD 994/1999, de 11 de Junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal; RD 195/2000, de 11 de Febrero, por el que se establece el plazo para implantar las Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el RD 994/1999, de 11 de Junio; Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo de 24 de Octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, y la Recomendación 95/5, de 13 de Febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre Protección de Datos Médicos.

VII. JURISPRUDENCIA. Sirva como ejemplo la S.T.S., de la Sala de lo Penal, de fecha 4/04/2001, que condena a una ginecóloga por un delito de revelación de secretos a la pena de un año de prisión, dos años de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión e indemnización de dos millones de pesetas. La sentencia establece que *"la divulgación del hecho, en cuanto perteneciente a la intimidad, lesiona su derecho fundamental precisamente por quien está específicamente obligado a guardar secreto"*.

A la hora de establecer los **LÍMITES DEL SECRETO PROFESIONAL MÉDICO**, existen dos tesis a la hora de interpretarlo, ya sea de un modo absoluto o bien relativo.

Los partidarios de la tesis del secreto médico **absoluto** opinan que éste debe respetarse en todas las circunstancias posibles y cualquiera que sea la causa o motivo que induzca a la revelación, teoría fundamentada en el interés individual del paciente. Brouardel lo resume en la siguiente fórmula: “Silencio ahora y siempre”. Existen una serie de problemas cuya solución es rotundamente antagónica con el sostenimiento del secreto médico absoluto (ej., protección de la salud pública a través de la declaración de enfermedades infecciosas o el descubrimiento de los delitos contra las personas).

Así, existen autores que entienden que existe un interés general y público, que la vida en sociedad impone obligaciones con una consecuencia ineludible: el conflicto de intereses entre los derechos del paciente y los derechos de otros (ej., Estado, Justicia, etc.). Por tanto, cuando del mantenimiento del secreto absoluto se puede derivar un perjuicio para los intereses sociales, priva el interés público y no puede prevalecer la conveniencia privada, tesis que ocasionó el nacimiento del secreto médico **relativo**. Su grave inconveniente radica en la vaguedad de su fórmula general, exponiendo a numerosas interpretaciones personales que lo neutralizan en su esencia, con notables diferencias en su apreciación y legislación en diferentes países, si bien generalmente predomina una tendencia relativista cargando sobre el médico un cierto grado de responsabilidad si la revelación del secreto no estuviera justificada.

El C.E.D.M. Español de 1999 adopta este criterio de relatividad en la

medida en que el valor de confidencialidad debida al paciente puede entrar en conflicto con otros valores colectivos de rango superior.

Es muy importante delimitar en qué situaciones es necesario revelar el secreto médico y en cuales no es obligatorio. GISBERT CALABUIG (1998) revisa las situaciones más frecuentes en la práctica diaria agrupándolas en tres apartados: obligatoriedad de revelación del secreto, ausencia de justificación para tal hecho y situaciones conflictivas.

A) En un primer apartado se encuentran ciertas disposiciones de diferente rango que regulan la **obligatoriedad de transmitir el secreto** y, en caso de no hacerlo puede incurrirse en sanción, ya sea penal, administrativa o de otro tipo. Sería el caso de la denuncia de delitos, declaraciones judiciales como testigos o peritos o la declaración de enfermedades infecto-contagiosas.

A.1) Denuncia de delitos. Según la L.E.Cr. (art. 259 y 262) el médico debe poner en conocimiento de la autoridad judicial toda clase de hechos que lleguen a su conocimiento en el ejercicio profesional, que puedan haber tenido carácter delictivo: traumatismos, envenenamientos, agresiones sexuales, malos tratos, muertes repentinas o de etiología desconocida, etc., aún cuando no le conste que haya habido intención criminal, bastando con que haga constar la referencia que le hayan dado sobre el mecanismo de producción de la lesión.

En el actual C.P., el art. 408 regula el delito de omisión del deber de perseguir delitos contra la Administración Pública y el art. 450 tipifica el delito de la

omisión de promover la persecución de delitos contra la Administración de Justicia.

A.2) Declaraciones judiciales como testigos o peritos. La L.E.Cr. regula las declaraciones judiciales en los arts. 410, 416, 417; y el vigente C.P. en los arts. 458 a 462 sanciona las “falsedades en los testimonios” incluyendo dentro de la falsedad el hecho de alterar la verdad con reticencias o inexactitudes, aún cuando no se falte a ella sustancialmente. La ley no hace excepción alguna con el secreto médico y, por tanto, según GISBERT, si el médico es llamado a declarar sobre cualquier cosa que haya llegado a su conocimiento por motivo de su ejercicio profesional, está obligado a comunicarlo. Puede salvar su reparo moral haciendo constar que lo considera secreto profesional, pero la obligación persiste. Tan sólo existiría la posibilidad de mantener el secreto cuando las declaraciones, según el Juez, fuesen manifiestamente inconducentes para la comprobación de los hechos objeto del sumario, tal y como recoge el artículo 445 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En sentido opuesto, MUÑOZ CONDE (1996), defiende el derecho a no declarar del médico, de acuerdo con el artículo 24 de la C.E., que lo prevé cuando existan razones de secreto profesional (una sentencia del Alto Tribunal de los EE.UU. avala el derecho de no revelar el secreto profesional en actuaciones de testigos contra sus propios pacientes).

Por otro lado, RUIZ VADILLO (1996), defiende que el Juez puede levantar dicho secreto al médico que actúa de testigo en un juicio, siempre y cuando existan razones proporcionadas que así lo justifiquen.

Así, de acuerdo con el criterio relativista del secreto médico profesional, recibido tanto por el Código Deontológico como por la normativa penal, este derecho

sólo será jurídicamente exigible en cuanto no concurra una circunstancia cuya protección constitucional o legal pueda verse en entredicho de mantener el secreto.

A.3) Declaración de Enfermedades Infecto-Contagiosas. Indudablemente es la situación más clara que obligó a rectificar las antiguas exageraciones sobre el carácter absoluto del secreto médico ya que solamente mediante este medio es posible impedir la evolución de un estado epidémico con el consiguiente quebranto del bien público, declaración obligatoria a la menor sospecha, sin esperar la confirmación clínica y de laboratorio, obligación recogida en el Código de Ética y Deontología Médica. El secreto se transmite a profesionales de la Medicina, para defender el interés colectivo frente al individual. Es un secreto compartido y no divulgado.

B) En un segundo grupo podemos agrupar **situaciones en las que no existe justificación alguna para comunicar el secreto**, por lo que si de este hecho se derivara algún daño o perjuicio para el paciente, éste podría iniciar un litigio en demanda de la reparación pertinente. Valgan como ejemplo la divulgación que ocurre durante la reclamación de honorarios médicos, durante publicaciones y estadísticas médicas, o cuando el médico ostenta la condición de funcionario público que, si bien ostenta las condiciones de éstos, también está sujeto a las obligaciones generales que a ellos les corresponde, entre las que están la de mantener el secreto profesional.

Un caso particular es el del *médico forense o cualquier médico al que se le haya encomendado una peritación médico-legal*. De una parte está obligado a guardar secreto del contenido de las diligencias que le sean encomendadas como perito, pero por otro lado, en cumplimiento de su misión pericial está obligado a informar con detalle preciso sobre las circunstancias de la enfermedad o lesión que concurran en el

sujeto objeto de la peritación. Puede surgir aquí un conflicto entre su deber como funcionario y como perito que debe comunicar al Juez o Tribunal que entiende del caso todo lo que conozca en relación con el delito, y su deber como médico ante la persona que examina o reconoce. La única solución está en mantenerse en su papel de perito, sin sobrepasar su función puramente médica. El médico no es policía, no tiene por qué tratar de interrogar y obtener declaraciones de los acusados y aún recibéndolas espontáneamente, si no constituyen motivo de la peritación, no debe mencionarlas en su informe.

C) Y finalmente existen **situaciones conflictivas en las que el médico debe asumir la responsabilidad de decidir** si el mantenimiento del secreto puede repercutir en daño ajeno, y si decide revelar el secreto, debe establecer quién es la persona más idónea para recibir la confidencia con garantías de evitar aquél perjuicio. En este apartado podemos agrupar la “emisión de certificados médicos”, los “reconocimientos como médicos de Sociedades de seguros de vida”, el ejercicio profesional en Medicina Empresarial e Institucional (Medicina en la Seguridad Social), emisión de informes en relación al “matrimonio o a la vida en pareja” o la emisión de informes de “personas que viven en comunidad”.

C.1) **Certificados Médicos.** Los certificados médicos son solicitados por el propio paciente y es este quien concede la autorización para que el secreto sea comunicado, aunque el solicitante no siempre es consciente de las consecuencias que el certificado y los hechos en él contenidos pueden tener.

En la redacción de los mismos, el médico debe extremar su prudencia, sin llegar jamás a falsear los hechos, no haciendo constar más que aquellos datos que

justifiquen la finalidad que vaya a tener la certificación, e incluso limitándose en los casos posibles a la simple constatación de que el sujeto padece una enfermedad que le impide cumplir determinadas obligaciones, o también la ausencia de ésta, sin entrar en más detalles.

C.2) Médicos de Sociedades de Seguros de vida. En el caso de que el médico obtenga los datos en el reconocimiento médico que le realiza a un cliente que va a suscribir o solicitar una póliza, puede revelar el secreto, ya que el paciente implícitamente prestó su consentimiento al someterse al examen médico.

Pero si la información la obtiene por otro medio, ocasionalmente como médico de cabecera o especialista, en consulta privada o pública, el facultativo renunciará a informar a la Sociedad de Seguros, ya que sus conocimientos no derivan del acto del reconocimiento, sino de información obtenida por su condición de médico de confianza a la que no puede traicionar.

C.3) Ejercicio profesional en Medicina Empresarial (Médico de Empresa) e Institucional (destaca por su importancia social, económica y jurídica el Instituto Nacional de la Salud e instituciones autonómicas similares, que tiene encomendada la gestión de la Seguridad Social, una de cuyas prestaciones fundamentales es la del seguro social de enfermedad).

Constituye uno de los campos del ejercicio médico, en los que la obligación moral del sigilo profesional queda más malparada, y es que chocan dos tipos de obligaciones del médico, antagónicas entre sí: la obligación moral del paciente de reservar todos los datos de su enfermedad, y el compromiso con la empresa o con el

ente gestor de la Seguridad Social de tenerles informados de la morbilidad y pronóstico de las afecciones de sus trabajadores o asegurados, para adecuar el funcionamiento de las entidades.

Lo ideal sería llegar a una solución ecléctica que salvaguardara los intereses del enfermo y de la entidad, si bien estas últimas han venido forzando a los médicos a tenerlas informadas con todo tipo de detalles mediante diversos tipos de partes médicos (a título de ejemplo anecdótico sirva la obligación impuesta por OM de Trabajo de marzo de 1974 y una disposición de enero de 1975 que exigían constar el diagnóstico de la enfermedad en los partes de alta y baja de enfermedades, y en el modelo de baja por incapacidad laboral transitoria, situación que llevó a la Organización Médica Colegial a acordar que los médicos se negasen a cumplimentarlo en dicho sentido al considerar que constituía un caso flagrante de violación del secreto médico).

Por otro lado, la multitud de partes médicos exigidos por las entidades pasan por muy diferentes manos, haciendo prácticamente imposible aplicar la teoría del secreto compartido y derivado.

En la práctica, el médico tratará de defender todo lo posible el secreto de sus pacientes, aunque sometido a las obligaciones reglamentarias que su adscripción a este tipo de Medicina colectiva le impone.

C.4) Secreto médico relacionado con el Matrimonio o con la vida en pareja.

El problema se presenta cuando uno de los miembros de la pareja o algún

familiar del mismo indaga la existencia de algún tipo de enfermedad en el otro, (sobre todo enfermedades hereditarias y contagiosas). El médico no puede violar el secreto, y sólo limitarse a aconsejar a la parte enferma los riesgos, las convenientes medidas profilácticas y curativas, dejando a la conciencia de ésta la solución.

Una salvedad la constituye la existencia de enfermedades contagiosas que ocasionen grave daño, como la muerte, en cuyo caso puede advertirse al cónyuge sano, amparándose en art. 20.5 del C.P. que establece que *“está exento de responsabilidad criminal el que por estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de una persona, o infrinja un deber”*.

Un caso particular lo constituye el SIDA (Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida) que, si bien no está incluido dentro de las Enfermedades de Declaración Obligatoria, algunas Comunidades Autónomas (Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Madrid, Murcia) han dictado normas que obligan a detectar los casos, aunque respetando la confidencialidad de los datos y el uso exclusivamente sanitario de los mismos.

Desde el punto de vista de la Salud Pública, la OMS ha reconocido que no existe razón para obligar a comunicar el diagnóstico del VIH al colectivo que convive con el paciente, siendo responsabilidad exclusiva de éste, particularmente respecto a su pareja sexual. Sólo si existe la evidencia de serio peligro para la salud de otras personas, puede revelarse el secreto amparándose en el referido art. 20.5 del Código Penal.

C.5) Secreto médico relacionado con personas que viven en comunidad.

Es el caso de familiares, sirvientes, nodrizas, pensionados, internados,

colegiales, cuarteles, etc., en donde existe el peligro de contagio que es preciso evitar ante todo.

En tales casos debe procurarse mantener el secreto, tratando la enfermedad, aislando al contagioso y aun explicando los trastornos como causas triviales. Si es preciso revelar el secreto para aislar al enfermo, éste será transmitido exclusivamente a la persona idónea para recibirlo y que pueda tomar todas las medidas necesarias para conjurar el daño.

Pero si se comprueba mala fe en el enfermo o peligro para los demás, que no se puede conjurar por otro se debe quebrantar el silencio haciendo partícipe a quien pueda evitar el daño.

EJERCICIO ILEGAL DE LA MEDICINA. INTRUSISMO.

El bien jurídico protegido por la legislación del C.P. es doble: de interés público, consistente en la necesidad de que el acto médico se ejerza con garantías de competencia, de saber a quién dirigirse y quién es responsable; y de interés privado, al garantizar el monopolio de los profesionales médicos.

Independientemente de la forma de ejercicio profesional, las normas legales exigen el cumplimiento de una serie de requisitos legales administrativos y deontológicos.

Desde el punto de vista legal, según el Comité de expertos en problemas legales del Consejo de Europa, acto médico es cualquier actividad de investigación, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación de la salud y/o enfermedad de la persona. El acto médico sólo puede ser llevado a cabo por profesionales en posesión del correspondiente título académico que es garantía oficial de su aptitud científica, y que figuren inscritos en la disciplina colegial (Colegio Oficial de Médicos) que, al mismo tiempo, garantiza el cumplimiento de las prescripciones corporativas del Estado. En el caso de ejercer alguna especialidad médica, éstas quedan reguladas en el RD 127/1984 de 11 de enero, que regula la obtención de títulos de especialidades médicas, ordenamiento jurídico que ofrece una garantía de la competencia de quienes llevan a cabo este ejercicio especializado, manteniendo al mismo tiempo las facultades que el título de médico lleva consigo.

Además, el colegiado en ejercicio profesional libre/privado está obligado a cumplir con sus obligaciones fiscales, consistentes en el abono de una licencia fiscal anual y la declaración de sus ingresos profesionales anuales.

Y finalmente, el ejercicio de la medicina por su propia naturaleza y por la trascendencia que tiene en todos los órdenes (social, jurídico, administrativo, económico, personal) debe ajustarse a las más rigurosas normas deontológicas, recogidas en el Código de Ética y Deontología Médica.

El incumplimiento de los requisitos señalados da lugar al ejercicio ilegal de la medicina, pudiendo ser origen de delito o falta de intrusismo, falta o transgresión administrativa o infracción deontológica.

El delito de intrusismo, tipificado en el art. 403 del C.P. consiste esencialmente en el hecho de *ejercer actos propios de una profesión sin poseer el título que legalmente se precisa para ello, castigado, si exige la profesión título académico, con multa de seis a doce meses y, si exige un título oficial, con multa de tres a cinco meses. Se considera circunstancia agravante el atribuirse públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, ya que la peligrosidad de la conducta delictiva se refuerza considerablemente al confiarse la víctima en los supuestos conocimientos y experiencia del falso médico. Tal agravación puede presentarse de muy variadas modalidades: tener instalada una clínica con placa de identidad profesional en el portal; utilización de tarjetas, recetas u otros documentos con membrete indicativo de condición de profesional; o aceptar y ejercer sustituciones de profesionales de la medicina y otras conductas de similar significado.*

GISBERT CALABUIG (1998) cita entre los sujetos que con mayor frecuencia incurrir en los delitos de intrusismo a los siguientes: estudiantes de último curso de medicina que realizan sustituciones; farmacéuticos y dependientes que, con el carácter de habitual y retribuido realizan cuidados médicos o que despachan

medicamentos que requieren prescripción médica; personal auxiliar, antiguamente denominados A.T.S., unificados actualmente bajo la denominación de Diplomados Universitarios de Enfermería (DUE), comadronas, técnicos de Radiología, técnicos de Laboratorio, pedicuros, fisioterapeutas, masajistas o quinesiterapeutas, protésicos ortopédicos, ortofonistas, ópticos, audioprotésicos, protésicos dentales, logopedas, podólogos, etc., que en ocasiones realicen funciones propias del médico; otros profesionales paramédicos relacionados con servicios sanitario (protésicos respecto a la especialidad de estomatología, ópticos respecto a oftalmología, pedicuros, masajistas, etc.); drogueros, herbolarios y herberos que expenden al por menor sustancias de acción terapéutica o medicamentosa; y actuaciones de curanderos y sanadores.

La jurisprudencia sobre delitos de intrusismo es amplia, variando en función del sujeto activo del posible delito, y para su exposición distinguiremos tres grandes grupos: personas extrañas a la profesión, profesionales sanitarios con titulación inferior y finalmente médicos sin especialidad que ejercen la profesión como tales.

En cuanto a las personas extrañas a la profesión o legas si ejercen la medicina tradicional (medicina actual), no existe duda acerca de la comisión del delito, y si ejercen la medicina alternativa (Acupuntura, Homeopatía, Naturismo), existe controversia en las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo.

Antes de 1992, el T.S. venía condenando por usurpación de funciones y calidad, pero la sentencia de la Sala de lo Penal del T.S. de fecha 1 de noviembre de 1992 supuso una auténtica innovación respecto a la doctrina que el propio Tribunal venía manteniendo, pues supuso la absolución ante los juzgados de lo Penal de

quienes se dedican a la medicina naturista, homeopatía o acupuntura, sin posesión de título de licenciado en medicina. Refiere la sentencia que el empleo de este tipo de actividades no puede constituir o dar vida al delito de usurpación de funciones, en cuanto que falta el requisito esencial para su comisión, que es que la realización de los actos de que se traten vengan legalmente atribuidos a una profesión para cuyo ejercicio se requiera el hallarse en posesión del correspondiente título oficial, pues tanto la Acupuntura como la Medicina Naturista pertenecen a la gama de la conocida Medicina Alternativa, denominación con la que se designan aquellas prácticas sanitarias que, por no estar fundadas en el método científico experimental, ni se enseñan en las Facultades de Medicina ni se hallan comprendidas entre las especialidades médicas, y para cuyo ejercicio no se requiere título alguno. Línea similar ha seguido recientemente una sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, del mes de mayo del 2000, que consideró que ni el ejercicio de la medicina natural ni de la acupuntura constituye un delito de intrusismo ya que estos actos no están atribuidos a una profesión -como la médica- que precise para su ejercicio la posesión de un título oficial.

Existen juristas que defienden que el Naturismo ejercido sin título médico sigue siendo intrusismo, basándose en la OM de 23 de Marzo de 1926 que dictó normas sobre la profesión de médico naturista, orden cuya vigencia había sido reconocida por la Sala de lo Penal del propio T.S. en diversas sentencias. No puede entenderse el argumento usado por el T.S. en la controvertida sentencia, consistente en incardinar necesariamente toda actividad médica dentro de alguna especialidad, pues, de lo contrario, la medicina general quedaría reducida a la nada y desprovista de contenido y de amparo penal frente a los intrusos. Y al señalar la sentencia que no se comete intrusismo porque se trata de materias que no se imparten en las Facultades de Medicina, olvida que nunca ha sido determinante para establecer las funciones que

corresponden a las profesiones tituladas el plan de estudios ni las asignaturas cursadas en ellos.

Prueba de esta línea doctrinal es la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Mallorca en noviembre de 1999, que confirmaba la condena de seis meses de prisión e inhabilitación especial por intrusismo a un heilpraktiker al fallecer un paciente a la salida de su consulta. La sentencia recordaba que *“la actuación de este profesional podría encuadrarse en la medicina naturista o alternativa, y según lo dispuesto en la Orden Ministerial de 23 de Marzo de 1926, necesita para su ejercicio el correspondiente título”*.

Por otra parte, la Organización Médico Colegial y su Consejo de expertos en medicinas complementarias (denominación que defienden los médicos que aplican terapias como el Naturismo, la Homeopatía y la Acupuntura) han decidido solicitar del Ministerio de Sanidad y el Consejo Nacional de Especialidades la inmediata concesión de reconocimiento legal de la Acupuntura, Homeopatía y Medicina Naturista, así como en la necesidad de que estas terapias complementarias sean realizadas sólo por personal médico, lo que requiere una regulación previa.

Por su parte, el C.E.D.M. de 1999, establece normas acerca de las llamadas Medicinas no convencionales, y obliga a los colegiados que las practican a informar a los pacientes, con claridad, de su carácter complementario.

Respecto a las actuaciones llevadas a cabo por profesionales sanitarios con titulación inferior (ej. DUE, reflexoterapia, protésicos, fisioterapeutas, etc.), entiende la jurisprudencia que si los actos médicos motivo de enjuiciamiento (ej. reflexoterapia, revitalización) se llevan a cabo por prescripción facultativa, mediante la dirección y vigilancia de un médico, de forma que puedan considerarse simplemente

como actos auxiliares de mera ejecución, su práctica no requiere la posesión de título de licenciado en Medicina y Cirugía, pero si los sujetos exploran, reconocen, diagnostican, deciden un tratamiento y finalmente lo aplican, de modo que pueda percibirse que llevan a cabo una actividad principal y autónoma, están practicando actos médicos legalmente reservados para los profesionales médicos e incurrir en delito de intrusismo.

Y en cuanto al ejercicio de médico sin título de especialista, antes de repasar los diferentes criterios jurisprudenciales es preciso realizar unas consideraciones teóricas.

El RD 127/1984 de 11 de Enero que regula la obtención de títulos de especialidades médicas, determina los requisitos de obtención de títulos, las claves y número de especialidades, la formación de especialistas, las pruebas de valoración, etc. Su primer artículo establece que *“el título de médico especialista, sin perjuicio de las facultades que asisten a los licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar de modo expreso la denominación de médico especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en instituciones públicas o privadas con tal denominación”*. Se trata pues de una norma reglamentaria, de ahí que fuera impugnada jurisdiccionalmente por vulnerar la reserva de Ley que establece el artículo 36 de la C.E.: *“La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”*.

Así, la práctica de actividades médicas especializadas por profesionales sin el correspondiente título de especialista puede llegar a constituir uno de los delitos de intrusismo existentes: el ejercicio de actos propios de una profesión que exige título académico o el ejercicio de una actividad profesional que exige un título oficial que

acredite capacitación castigado con menor pena que el primero.

Siguiendo a DE LORENZO Y SÁNCHEZ (2000), el art. 403 constituye quizá el ejemplo más evidente de las disposiciones penales en blanco, esto es, aquellas disposiciones penales que, para quedar completas, necesitan salir del C.P. y buscar elementos de integración en otros órdenes del Derecho, en este caso el Derecho Administrativo y, especialmente, en las disposiciones rectoras del ejercicio profesional y de la expedición de títulos académicos o profesionales, ya que debe determinarse qué es una profesión, cuáles son sus actos propios, qué títulos son académicos y cuáles oficiales y a qué habilitan esos títulos.

La interpretación judicial del ejercicio profesional de especialidades médicas sin el correspondiente título ha adoptado dos tipos de actitudes, un criterio permisivo y otro restrictivo.

En relación al criterio permisivo dos S.S.T.S. de diciembre de 1991, y posteriormente otras similares declaran la validez del RD 127/1984, pero consideran que no regula el ejercicio de la profesión sino sólo la obtención del título y todo ello sin perjuicio de las facultades de los licenciados en Medicina y Cirugía, recalcando que el título de licenciado habilita para el ejercicio profesional.

Seguidamente una S.T.S., de fecha 9 de marzo de 1995, establece que la reserva de Ley a que hace alusión la C.E. se refiere a la profesión de médico, pero no a todas y a cada una de sus múltiples especialidades, lo que demuestra, según el Tribunal, que la profesión es una y sólo una, y las especialidades son variaciones de esa única profesión, por lo que en general, cualquier médico, sea o no especialista, puede atender cualquier enfermedad a cualquier enfermo, incluso sobre aspectos de especialidad ajena.

En diversas SS.T.S. y SS.T.C. pueden extraerse unas consideraciones de la caracterización administrativa del título y de la profesión: la profesión es sólo una, la de médico; el título de especialista no es académico ni universitario, por lo que nunca se incurrirá en el tipo más grave del delito de intrusismo, sólo cabrá el más leve por actuar sin poseer un título oficial que acredite capacitación y habilite para el ejercicio profesional; y de existir la profesión de médico especialista, su ejercicio no está regulado por norma con rango de Ley.

En total contraposición se alzan otros juristas y ciertas SS.T.S. y SS.T.C. que adoptan un criterio restrictivo. En base a una S.T.S. de 23 de marzo de 1993, *“cabe en la profesión médica para valorar el ejercicio profesional la lex artis ad hoc, módulo rector de todo arte médico, que sirve como criterio valorador acerca de la corrección o no de un acto ejecutado por un profesional de la medicina, al tener en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos como estado o intervención del enfermo, estado de sus familiares y estado de la organización sanitaria”*. Por tanto, la lex artis ad hoc se refiere al enfermo en concreto según el grado de su salud y el tipo de enfermedad que padece, y se le exige al médico que acomode sus conocimientos generales o especiales a la enfermedad concreta que tiene ante sí.

En S.T.C. se confirma la condena a un médico general que ejercía como estomatólogo, al entender que la prohibición de ejercer con el carácter de médico especialista a quienes no lo son, contenido en el art. 1 del RD 127/1984, se refiere al ejercicio habitual referido a la especialidad, y la Sala de lo Penal del T.S. ha rechazado abiertamente el ejercicio de la Estomatología sin el título correspondiente. Según su

ponente, RUIZ VADILLO, si bien esta sentencia no es directamente aplicable al resto de especialidades, su construcción jurídica sí es extensible, pero siempre considerándola como una posibilidad abierta a libre interpretación judicial.

Es esclarecedora la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia, de fecha 3/12/2001, acerca de la titulación exigida para realizar actos propios de cirugía estética:

“Como punto de partida para enjuiciar las cuestiones planteadas, debemos recordar que, sobre la base de lo dispuesto por las Directivas Comunitarias 75/362 CEE y 75/363 CEE, sobre titulaciones médicas y coordinación de disposiciones relativas a actividades de los médicos, y con apoyo legal en las normas generales sobre titulación universitaria contenidas en la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de Agosto, de Reforma Universitaria, el RD 127/1984, de 11 de Enero, que regula la obtención de títulos de especialidades médicas, dispone en su art. 1º que el título de Médico Especialista, expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación. En el Ministerio de Sanidad y Consumo existirá un Registro Nacional de Médicos Especialistas y de Médicos Especialistas en formación.

Este precepto ha sido interpretado por la Jurisprudencia en el sentido que se autoriza a los licenciados en Medicina y Cirugía para ejercer libremente la profesión médica, entendida como una sola, pero sin anunciarse como especialistas ni ejercer habitualmente como tales si no se encuentran en posesión del título de la especialidad

médica de que se trate. Así, la S.T.S. de 5 de Febrero de 1993, seguida por la S.T.C. 24/1996, entre otras, afirma que se entienden bien los supuestos incluidos en los que podemos llamar números uno y tres del precepto. En el primero se incluyen los supuestos de utilización expresa de la denominación de Médico Especialista, que sólo pueden ostentar los que lo posean, mientras que en el tercero se limita el acceso a los puestos de trabajo en Instituciones Públicas o Privadas de Médicos Especialistas a quienes hayan adquirido tal calificación. El problema surge en el apartado segundo: el título de Médico Especialista es obligatorio para ejercer la profesión con tal carácter. Así las cosas, sólo cabe entender, en principio, que el supuesto que se ha incluido en el apartado segundo (la prohibición de ejercer la profesión con tal carácter de Médico Especialista a quienes no lo sean) se refiere al ejercicio habitual referido a la especialidad.

Por lo que a la Medicina y Cirugía Estética se refiere, no existe en España una especialidad con esa denominación, pero los estudios específicos de los conocimientos y prácticas propias de aquélla se encuentran incluidos únicamente en el programa de estudios para la obtención del título oficial de la Especialidad de Cirugía Plástica y Reparadora, aprobado por Resolución de la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación, por lo que puede afirmarse que los actos médicos característicos de la cirugía estética pertenecen al ámbito de especialización propio de la Especialidad oficial de Cirugía Plástica y Reparadora y que, por lo tanto, en la aplicación de la doctrina jurisprudencial antes expuesta, es necesario encontrarse en posesión de este título oficial para atribuirse públicamente el título de especialista en cirugía estética, para ocupar un puesto de trabajo bajo esa denominación en establecimientos sanitarios y privados y para, finalmente, ejercer habitualmente como médico especialista en dicha rama de la Medicina”.

Idéntica línea doctrinal siguió la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de fecha 3 de Enero del 2002: *“El artículo 1 de RD 127/1984, señala que el título de Médico Especialista será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista y para ejercer la profesión con este carácter, debiendo entenderse estos términos como actividad continuada. Afirmación que viene ratificada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 137/1995, de 25 de Septiembre y 21/1996, de 11 de Febrero, que aunque referidas a la especialidad de Odontología, viene a remachar la idea apuntada de que prohíbe ejercer una especialidad Médica sin título de Médico Especialista”.*

En sentido opuesto podemos citar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 4ª, de fecha 10/10/2001, que absuelve a un licenciado en Medicina y Cirugía tras la realización de una polipectomía vía endoscópica sin tener la especialización en Aparato Digestivo. Se basa la sentencia en que el denunciado formaba parte del equipo de endoscopias digestivas de la Clínica dónde se efectúa la intervención quirúrgica; que según el informe pericial es posible que un licenciado en Medicina y Cirugía pueda alcanzar un adiestramiento en esa técnica y hacerla bien; que la endoscopia no es una especialidad per se ni hay normativa que establezca quién debe hacer o no determinados actos médicos; y por tanto, que no se puede hacer descansar en la carencia de titulación específica del condenado la infracción de la lex artis, cuando la intervención se efectuó con correcta técnica, siguiendo los pasos propios de la intervención, como de forma unánime lo manifestaron los peritos.

La falta de intrusismo viene tipificada en el art. 637 del C.P. y consiste en atribuirse públicamente la cualidad de profesional amparado por un título académico que no se posee, estando incluida dentro de las faltas contra el orden público.

El incumplimiento del requisito administrativo necesario para el ejercicio legal de la medicina constituye una falta administrativa o contravención de reglamentos de la cual pueden derivarse importantes sanciones económicas.

Y las infracciones de las normas contenidas en el C.E.D.M. y en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial constituyen faltas disciplinarias sancionadas por el Colegio de Médicos de residencia y ejercicio del profesional, a través de la incoación del correspondiente expediente. Una variedad de infracción deontológica la constituye el charlatanismo, consistente en el procedimiento de adquirir clientela que no se puede atraer por la valía personal inexistente por medios engañosos e innobles, bien sean privados o públicos, a través de distintas modalidades de publicidad (publicaciones y anuncios extracientíficos, ostentación en placas, instrumental e instalaciones destinadas a impresionar al cliente, desdén hacia compañeros honestos, etc.).

INOBSERVANCIA DE PROTOCOLOS.

Los protocolos clínicos, según GARCÍA HERNÁNDEZ (1999), constituyen una serie de normas o reglas técnicas que operan como pautas o recomendaciones dirigidas a los profesionales sanitarios, es decir, un plan de acción coordinado relacionado con una enfermedad.

Existen en múltiples especialidades, y otorgan al médico amparo a la hora de justificar su actuación, especialmente frente a las reclamaciones que pueda ser objeto, protección mayor si los protocolos utilizados se hallan avalados por las Sociedades Científicas de su especialidad.

Los protocolos o Guías de Práctica Clínica son documentos complejos que requieren una exquisita formación científica y práctica, presupuestos imprescindibles para redactar un protocolo con rigor científico. Nivel científico que no se da en la generalidad de los médicos, por lo que se demanda un constante reciclaje de los facultativos. Los protocolos deben además ajustarse al entorno asistencial en el que se aplican, siendo necesario que los médicos-clínicos redacten los protocolos de su servicio si reúnen las condiciones apuntadas.

Considera este autor que en circunstancias especiales, como en las salas de Urgencias donde el médico debe atender muy diferentes patologías, son aptos los protocolos, pero para un especialista que normalmente atiende al paciente en consulta o en régimen de hospitalización, los protocolos deben ser a lo sumo simples guías, pero nunca tratar a un enfermo con una patología concreta con un protocolo como si de enfermos en serie se tratara.

En Europa en ocasiones se aconseja la utilización de protocolos terapéuticos, sin embargo, en las Unidades de Cuidados Intensivos -UCI- se utilizan muy poco, y son las UCI españolas las únicas que los utilizan de manera generalizada. El Registro de Enfermedades de Declaración Obligatoria está estudiando nuevas enfermedades que incluir en el precitado registro y paralelamente se harán guías y protocolos para cada una de ellas, de manera, dice el Ministerio de Sanidad, que se mejoren los niveles de conocimientos sobre sus características y tratamientos.

DE LORENZO Y MONTERO (1988), resume la importancia de los protocolos médicos en el análisis de los procedimientos por mala praxis, al afirmar que el órgano judicial que enjuicia la reclamación no conoce de ordinario la actividad médica ni las condiciones en las que ésta se desenvuelve.

Los jueces y los tribunales han resaltado reiteradamente en extensa jurisprudencia que la obligación del médico es de medios y no de resultados y reconocen a los facultativos independencia técnica en el ejercicio de su profesión, pero siempre tendrán que emitir un juicio valorativo por comparación entre la conducta seguida por el profesional que ve incriminada su actuación y aquella otra conducta ideal que hubiera seguido un profesional cuidadoso, según las reglas que rigen el ejercicio profesional. El juicio de reproche o no se realizará en consideración a dos binomios, que servirán para imputar jurídicamente la conducta profesional, elementos en los que van a incidir la aparición de los protocolos: el de la previsibilidad o la imprevisibilidad del resultado y el de la omisión u observancia de un deber objetivo de cuidado.

Respecto a la previsibilidad o imprevisibilidad del resultado se establece

que el seguimiento de las pautas protocolarias implica conocer y tener presente los riesgos, las complicaciones y la evolución previsible, y su cumplimiento expresa la medida de la atención y diligencia adoptada por el profesional en presencia de los riesgos que idealmente se asumen.

Y en relación a la observancia o inobservancia del deber objetivo de cuidado, la simple existencia de los protocolos constituirá un importante dato normativo, si se quiere no en el sentido de norma jurídicamente aplicable y obligatoria, pero sí como manifestación de la conducta del profesional cuidadoso.

Los protocolos facilitarán indudablemente la comprobación de la culpa o diligencia del médico, ya que constituyen un parámetro de guía de comportamiento profesional que se encuentra a disposición de todos los interesados: reclamantes, médicos, acusación, defensa, peritos y magistrados.

Desde el punto de vista jurídico, la virtud principal de los protocolos es la seguridad jurídica que pueden conllevar, sobre todo para tener en cuenta que los pasos o pruebas diagnósticas que en cada momento siga el médico no son todos los posibles o imaginables por el reclamante, sino precisamente aquellos en los que se concreta la actuación protocolaria, por lo que no se le puede exigir al profesional una conducta completamente distinta a la que muestra el protocolo.

El protocolo ostenta un enorme valor orientativo para el médico en el ejercicio de su profesión y para el juez, aunque en modo alguno vincula ni a uno ni al otro. El juez sólo está sometido al imperio de la ley, ni siquiera al reglamento, y el protocolo, por supuesto, no alcanza ese valor reglamentario. Tampoco limitan la libertad del médico en la toma de sus decisiones, pues un buen protocolo debe ser

flexible, siendo además susceptible de modificación. Cabe apartarse de él si el facultativo entiende, por su experiencia, que el resultado buscado exige otra terapia. En estos casos es obvio que ante una reclamación, la justificación del médico que se aparta de su contenido deberá ser más rigurosa y exhaustiva.

Así, según el autor citado, los protocolos clínicos en modo alguno vincularán al juzgador, si bien constituirán una útil herramienta en la que podrán sustentarse para fundamentar su fallo, siempre que una prueba pericial no lleve al juez a la convicción de que las características del paciente examinado exigían que el médico enjuiciado hubiere llevado a cabo otros procedimientos adicionales o diferentes a los previstos en el protocolo.

En todo caso, dado que la Medicina es una ciencia axiológica relativa y, por tanto, inexacta, debe siempre quedar a salvo la libertad de terapia y de método del profesional, esto es, la autonomía del facultativo y, por consiguiente, su libertad plena para prescribir todo tipo de pruebas diagnósticas y la adopción de las actitudes terapéuticas que en su criterio requiera cada paciente, siempre que su actuación se halle fundada científicamente. Cada paciente es un mundo, con antecedentes distintos, con un factor reaccional individual y en definitiva con una historia clínica personalizada que habrá de tener el médico muy en cuenta a la hora de tomar decisiones.

PALOINO LORENTE, (1996), en curso sobre “Cuidados paliativos: aspectos éticos y legales”, celebrado en la Universidad Complutense de Madrid, afirma que desde el marco legal no debe ser exigible al médico clínico la aplicación de protocolos en medicina paliativa en un enfermo concreto. Teme la protocolización de la medicina paliativa que puede llevar a cometer errores ya que pueden servir para la

generalidad de las personas pero pueden ser fatales para un enfermo concreto.

El valor del cumplimiento en las actuaciones médicas de los protocolos marcados por el servicio sanitario donde actúa el profesional enjuiciado en un procedimiento de mala praxis médica ha sido determinante en numerosas sentencias judiciales.

Sirva como ejemplo el procedimiento judicial conocido como enema Casen, administración del referido enema a una niña de siete meses con polimorfismos y lesiones cardíacas congénitas que sufrió una parálisis órgano funcional irreversible del 95%. La Audiencia Provincial de Vizcaya el 8 de mayo de 1994 absolvió al pediatra *“ya que actuó según lo indicado en el protocolo”*.

Debe citarse igualmente el famoso “caso de las pruebas alérgicas” en el que salió condenado un anestesista al producirse en el enfermo efectos secundarios a la anestesia, imprevisibles. La Sala Segunda del T.S., en sentencia muy controvertida (S.T.S. 18 de marzo de 1993) condenó a un anestesista porque *“había omitido las precauciones que aconseja la más vulgar prudencia, por no haberse realizado las oportunas pruebas alérgicas”*. El recurso extraordinario de revisión fue desestimado por el T.S. (auto del 5 de abril 1994) pero, posteriormente, influido por las protestas de las autoridades científicas nacionales e internacionales y de eminentes juristas (Ruiz Vadillo, Presidente de la Sala de lo Penal del T.S.), la misma Sala que desestimó el recurso solicitó al Gobierno el indulto del anestesista que finalmente fue concedido.

En Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Santander, de fecha 2/10/1996, se absuelve a un ginecólogo acusado de negligencia profesional tras ajustarse a los protocolos de la Sociedad Española de Ginecología (SEGO), señalando asimismo, que es el paciente quién debe acreditar la negligencia médica.

Prueba de la importancia que se le está dando a los protocolos desde la esfera judicial es la ya citada S.T.S., de la Sala de lo Civil, de fecha 07/03/2000, que guarda estrecha relación con el tema que tratamos, que condena a la Administración por no dotar de protocolos de consentimiento informado a sus médicos.

MARTÍN SAGARRA (1998) refiere que los protocolos de actuación médica tienen como principal objetivo el aumentar la calidad asistencial, y como resultados secundarios, el control de costes y su utilidad como herramientas de defensa legal frente a posibles reclamaciones por mala práctica profesional.

La difusión de la existencia de los protocolos y su utilización por los médicos eleva la calidad de la asistencia médica, puede servir de defensa al médico ante reclamaciones por mala praxis y permite aportar al juez elementos de juicio muy útiles para la valoración de la responsabilidad, ya que permite en definitiva conocer más profundamente la actividad médica, y proyectar sobre este mayor conocimiento un estudio más ponderado y que conduzca a sentencias más justas.

MEDICINA EN EQUIPO.

MONTALVO Y MORENO (1998), sobre “la responsabilidad dentro del trabajo en equipo” refieren que la mayoría del trabajo que desarrolla el personal sanitario en la actualidad lo es en equipo, con escasas excepciones, como la de las consultas privadas en las que un solo médico trata al paciente.

Y es que la responsabilidad profesional del médico, como refieren DE LORENZO Y MEGIA, (2000) abarca no sólo la responsabilidad por hechos propios sino por la de aquellas personas de las que se deba responder, y que puede abarcar tanto daños derivados de la organización del trabajo horizontal, esto es, en los casos de trabajo en equipo médico las que se deriven del propio funcionamiento del equipo cuando no pueda aislarse la responsabilidad de cada participante (cirujano y anestesista, como caso paradigmático), que en principio responden independientemente en base al principio de especialización y competencia, como las derivadas de la organización del trabajo vertical (médico, ATS, personal o auxiliar), en el que la responsabilidad puede alcanzar jerárquicamente al médico aún cuando quepa aislar la responsabilidad de ATS o auxiliar, si éstos traspasan el límite de su respectiva competencia y se extienden a proporcionar cuidados estrictamente médicos.

La modulación del régimen de responsabilidad profesional del trabajo en equipo, comenta DE LA CRUZ RODRIGUEZ (1999), se ha efectuado sobre la base de dos principios ya consolidados en nuestra doctrina jurisprudencial: el principio de confianza y el principio de división del trabajo o de la propia responsabilidad. El principio de confianza, aplicable tanto a la división del trabajo vertical como horizontal, viene a significar que quien actúa correctamente dentro del equipo debe confiar en que

los demás miembros del mismo también actuarán correctamente. Por ello, no se puede hacer extensible la responsabilidad profesional de quien no observó las correspondientes normas o reglas de conducta a quien, contrariamente, si las respetó. Por otro lado, el principio de división del trabajo o de la propia responsabilidad viene a complementar al anterior y no significa otra cosa que cada miembro del equipo responderá de las negligencias cometidas en su correspondiente ámbito de competencias. Para ello, es necesario tener perfectamente delimitadas las funciones de cada miembro del equipo.

Para establecer la responsabilidad en daños derivados de la organización del **trabajo horizontal**, es de vital importancia el tema de *las reglas técnicas de cada especialidad*, como sucedió en el caso recogido por JAUSAS, (1998). Un paciente acudió a la consulta de un cirujano, quién tras diagnosticar hemorroides decide intervenir bajo su dirección y la de un anestesista, y una vez finalizada la intervención sin complicaciones, en el momento de colocar al operado en posición normal (al pasar de decúbito prono a decúbito supino), se aprecia en el paciente midriasis intensa, con parada cardíaca, la cual no pudo ser advertida con anterioridad, por cuanto la operación se realizó sin contar con un monitor para controlar la actividad eléctrica del corazón del paciente. También debe destacarse retraso en el empleo del desfibrilador, que se hallaba en una ubicación alejada del quirófano donde se practicó la operación. El paciente quedó afectado de una encefalopatía anóxica que dio lugar a una demencia orgánica, presentando una hemiparesia corporal derecha con afasia. El Tribunal Supremo absolvió de responsabilidad al cirujano (anteriormente condenado civilmente por el Juzgado de Primera Instancia y por la Audiencia Provincial) y mantuvo la sentencia de condena de la Audiencia en relación con el anestesista, concluyendo de ello que no puede imputarse a un médico especialista los acontecimientos dañosos que tengan su origen en el incumplimiento de las reglas

técnicas propias de otra especialidad, por lo que el único profesional responsable que el anestesista. Así, el Tribunal define la cirugía como aquella rama de la medicina que se propone curar enfermedades mediante operaciones manuales o con instrumentos y que implica una actuación en órganos y tejidos. Por su lado, la anestesiología y reanimación, se caracteriza por emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, así como para mantener sus funciones vitales durante y después de las intervenciones quirúrgicas; así como reanimar a cualquier tipo de pacientes a los que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva hasta que se considere superado dicho estado crítico.

Otro caso ilustrativo fue publicado en DM (3/12/98): la Audiencia Provincial de Orense condenó a un médico a indemnizar con diecisiete millones de pesetas a los familiares de un paciente por no haber revisado la hoja de ingreso por urgencias del enfermo y el cuadro de alergias que le entregó el ATS. Sin prestar atención a los citados documentos, el facultativo prescribió metamizol magnésico, diluido en suero fisiológico, lo que hizo el ATS. A los dos minutos, el paciente sufrió una angustia vital, pérdida paulatina de la capacidad respiratoria y pérdida de conciencia. Finalmente, falleció en UCI. La audiencia calificó estos hechos como *“un descuido por imprudencia, en este caso grave y común, pues la negligencia en la que incurrió el facultativo deriva no de una impericia o ignorancia médica, sino por grave y extremado pero común descuido, al no revisar la hoja de ingreso por urgencias del enfermo, el cuadro de alergias que le entregó el ATS, e incluso por no recapacitar sobre la específica patología del sujeto pasivo”*. En cuanto al ATS, el fallo señala que *“no tiene obligación de conocer los componentes de los fármacos, estando por reglamento obligado a cumplir la terapia prescrita por el médico”*.

En el trabajo en equipo, para resultar operativo, es fundamental una buena y fluida comunicación, y si de su ausencia se derivan daños a los pacientes, puede

conllevar responsabilidad civil e incluso penal, como ocurrió en el caso analizado por la Audiencia Provincial de Vizcaya, publicado por DM el 23/02/99, que condenó a un cirujano y un anestesista por la muerte de un paciente que presumiblemente podría haberse evitado si hubiesen compartido criterios sobre el tipo de sustancias que estaban utilizando. Los hechos se produjeron en la intubación del paciente al que, tras diagnosticársele una otoposclerosis, le iban a practicar una estapedectomía, para lo cual el anestesista le inyectó en dosis terapéuticas “consideradas normales” diferentes fármacos, como tiopental, halotano y pentobarbital. Una vez anestesiado, el cirujano infiltró rápida e intravascularmente por medio de una aguja hipodérmica en la zona auditiva una mezcla de mepivacaína de tres a cinco miligramos al dos por ciento, a la que añadió tres o cuatro gotas de adrenalina. Como consecuencia de las sustancias suministradas, el paciente sufrió una fibrilación ventricular con paro cardíaco que le provocó la muerte. De acuerdo con el informe del Instituto Nacional de Toxicología, la mepivacaína es un anestésico local de tipo amida que debe ser administrada de forma lenta y tras previas punciones y aspiraciones. Los resultados de la autopsia arrojaron, entre otros datos, no sólo que los niveles de mepivacaína rebasaban el máximo recomendado para evitar riesgos, sino, además, que la introducción de esa sustancia a través de la forma de administración descrita, adiciona y potencia su efecto tóxico en la unión concomitante con otros fármacos, los empleados en la anestesia. La causa principal que posiblemente desencadenó la muerte fue, según razona la sentencia, que *“el cirujano aplicó al paciente una inyección de mepivacaína con adrenalina de forma rápida e intravascular y sin conocer la composición exacta de la anestesia general”*. La responsabilidad del anestesista concurre porque *“no se ocupó de los efectos del anestésico local aplicado al enfermo ni de las incidencias que podrían tener en el riesgo de fallo cardíaco los componentes de la anestesia general”*. Estas circunstancias no fueron suficientes para apreciar la existencia de un delito de homicidio imprudente, pero sí una falta de imprudencia, que no acarrió penas de cárcel pero sí la responsabilidad civil.

Respecto a los daños derivados de la organización del **trabajo vertical**, podrá existir responsabilidad profesional del ATS/DUE cuando, en el ejercicio de sus funciones propias incurra en negligencia, descuido o falta de atención, e incluso cuando acometa indebidamente funciones propias del médico. Pero responderá éste en el caso de que el daño al tercero se haya debido a su despreocupación en las funciones de control y vigilancia o cuando encomiende o permita que el personal de enfermería traspase los límites de su competencia profesional.

Para determinar, en consecuencia, los casos en los que puede existir responsabilidad de los ATS/DUE habrá que acudir a la determinación de sus funciones. En el Estatuto de personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social se distinguen las funciones de los diplomados en enfermería, matronas, fisioterapeutas, terapeutas ocupacionales y técnicos especialistas, caracterizados como auxiliares del médico que deben cumplimentar las instrucciones que reciban del mismo en relación con el servicio y, como profesionales con funciones asistenciales específicas, fundamentalmente las de cumplimentar la terapéutica prescrita por los facultativos encargados de la asistencia, así como aplicar la medicación correspondiente, auxiliar al médico en las intervenciones quirúrgicas, practicar las curas de los operados y prestar los servicios de asistencia inmediata en casos de urgencia hasta la llegada del médico, observar y recoger los datos clínicos necesarios para la correcta vigilancia de los pacientes, realizar las anotaciones que les correspondan, realizar sondajes, disponer los equipos de todo tipo para intubaciones, drenajes, y vendajes así como preparar lo necesario para una asistencia urgente, y prestar la asistencia a los pacientes en la esfera de su competencia.

Que el ATS/DUE puede resultar profesionalmente responsable por

negligencia en el desarrollo de sus funciones propias lo confirma la S.T.S. de 4 de octubre de 1993, en cuyos hechos se afirma que el médico de guardia ordenó al ATS administrar suero glucosado con sodio, que debía preparar el personal de enfermería. El suero se elabora con los frascos existentes en la farmacia del Centro, que dispone de recipientes con diversas proporciones de sodio, similares en su aspecto externo pero especificándose su concreta composición en el etiquetado. Por inadvertencia en la preparación del suero, el ATS/DUE mezcló inadvertidamente un tipo de suero cuya proporción de sodio era muy superior a la prescrita, ya que analizado con posterioridad arrojó una composición de sodio de 816 mEq/l, en vez de 46 mEq/l, como había prescrito el médico. La Sentencia considera imprudente la realización mecánica de la preparación sin observar debidamente la proporción de sodio que contenía el suero fisiológico utilizado.

Que responde el médico cuando falta a sus obligaciones de control y vigilancia o cuando encomienda sus propias funciones al personal de enfermería es precisamente el supuesto de la S.T.S. de 7 de julio de 1993, que condena a una anestesista que abandonó el área de quirófano de un paciente no monitorizado, rechazando la excusa de haber encomendado tales funciones a la ATS porque el contenido de la anestesia es de la exclusiva y personal responsabilidad del médico especialista, indelegable en el personal auxiliar no médico.

Y lo mismo hay que decir con respecto al personal auxiliar, cuyas funciones, según el mismo Estatuto, se circunscriben en el ejercicio de los servicios complementarios de la asistencia sanitaria en aquellos aspectos que no sean de la competencia de los ATS/DUE y ateniéndose a sus instrucciones.

Y sumamente interesante nos parece la opinión de LÓPEZ AGÚNDEZ (2001), quién refiere que un buen método para evitar errores médicos en equipo consiste en estudiar y tratar los errores con los restantes miembros del mismo. Es una de las conclusiones a las que llegaron SINGER (médico del Centro de Bioética de la Universidad de Toronto), WU (experto en errores médicos, de la Universidad de Baltimore), FAZEL y MCMILLAN (investigadores asociados de la Universidad de Oxford) tras analizar diversas negligencias médicas: *“el adoptar una línea de responsabilidad personal -el médico es responsable individualmente de la asistencia al paciente- es una ética inadecuada para la praxis médica porque aisla al médico de los equipos, organizaciones y sistemas en que trabaja”*.

OMISION DEL DEBER DE SOCORRO.

El actual Código Penal, en el artículo 196, añade una normativa específica a la “omisión del deber de socorro” en que pueden ocurrir los profesionales sanitarios cuando pueda considerárseles obligados a la prestación de determinada asistencia o al atendimento de unos servicios sanitarios.

Según SOTO NIETO (1998), como este tipo penal omisivo obedece al propósito de salvaguarda y protección de la vida e integridad corporal, sólo se traspone el umbral del área penal *"cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas"*.

La **conducta típica** viene constituida por una “omisión pura o simple, denegar la asistencia sanitaria o abandonar los servicios sanitarios”, sobre la base de concurrencia del doble requisito de índole normativo: *“que el médico o profesional sanitario esté obligado a prestar la asistencia requerida o a desempeñar el servicio del que hace dejación, y que tales vacíos de auxilio comporten un riesgo grave para la salud de las personas.”*

El significado de la obligación a que alude el precepto *-“estando obligado a ello”-* trasciende del mero compromiso genérico que secunda a un profesional de la medicina, más de índole ética o deontológica, que administrativa o reglamentaria, sino que debe estar “obligado” a prestar asistencia sanitaria o a permanecer en su servicio conforme a la regulación administrativa sanitaria vigente. El incumplimiento profesional acusable habrá que ponderarlo tanto atendiendo a la índole de la abstención, generadora de un riesgo grave, como a su raíz de conculcación o desobediencia de un deber orgánico o administrativamente estatuido.

La razón de semejante exigencia de "obligación" por parte del profesional sanitario a la asistencia o permanencia en el servicio, encuentra una doble justificación: en primer término, porque no pueden ligarse a su abstención tan graves consecuencias penales en base tan sólo a su titulación médica o sanitaria, por mucha proyección social y reflejo de solidaridad humana que quiera verse en el ejercicio de tan nobles profesiones. No es de recibo la afirmación de que un médico, do quiera que esté y cualquiera que sea su situación, se halla siempre obligado, en permanente actitud o condición de "guardia", a toda solicitud atencional; y en segundo lugar, se pretende garantizar de modo expreso el derecho de huelga del personal sanitario, impidiendo que esta cualificación pudiera actuar restringiendo su ejercicio. Sin ningún compromiso previo, el médico no está obligado en mayor medida que cualquier otra persona a la prestación de auxilio y ello aunque desde una perspectiva superficial se pudiera creer otra cosa.

Respecto al abandono del servicio, habremos de partir también de que el profesional sanitario se halle obligado a la permanencia en el servicio que tuviese encomendado, es decir, se halle de servicio. Fuera del desempeño del mismo, desligado del específico deber de presencia y atendimiento de la función encomendada, a lo más que puede vincularse es a las responsabilidades básicas que el art. 195 configura para cualquier ciudadano.

La denegación será únicamente acusable tras un requerimiento concreto motivado por la aparición de un riesgo grave para la salud, de un peligro concreto libre de toda abstracción.

No ha de perderse de vista que el **delito**, como propio **de riesgo**, no exige

a efectos de consumación la consumación de un resultado lesivo para la salud. Si el temido peligro se materializa y concreta en un daño para la vida o integridad física, nos enfrentamos, en principio, ante una figura de omisión y otra de resultado.

Para SOTO NIETO (1998), la dolosa y persistente omisión (abandono y desentendimiento del servicio) y la precipitación causal del daño, corren parejas con la deserción del atribuido papel de garante, perfilándose un resultado de comisión por omisión al que es ínsito un dolo al menos eventual. A salvo que se abogue por el reconocimiento de la omisión de socorro especial del artículo 196 en concurso real con un delito imprudente contra la vida o la salud. De considerarse negligente la omisión del auxilio, descuidado y fugaz abandono del servicio, inexistente el delito del artículo 196 que sólo admite forma dolosa, el resultado lesivo merecería imputarse a título de imprudencia.

Durante la vigencia del anterior C.P., la S.T.S. de 19 de diciembre de 1981 castigó por delito de omisión de socorro a un médico ginecólogo que se encontraba de guardia y que se negó a prestar la asistencia facultativa que le fue requerida por una parturienta que se encontraba en trance de alumbramiento anormal, que conocía por habersele manifestado, considerando que *“si bien estaba obligado a no abandonar bajo ningún concepto ni pretexto el servicio de guardia para atender enfermos de emergencia fuera del local en el que cumplía su cometido, ello no era óbice para que hubiese ordenado inmediatamente el traslado de la enferma al Centro en el que se encontraba, ni mucho menos para que hubiese demandando sin pérdida de tiempo el auxilio de otros organismos médicos que, a no dudar, hubiesen prestado el socorro que a él se le coartaba reglamentariamente”*.

Por ello, dados los elementos que condicionan el art. 196 del C.P., se piensa que contempla una posición de garante de evitación de resultados lesivos y,

por lo mismo, de originación de peligros concretos en relación con aquéllos.

En S.T.S., de la Sala de lo Penal, de fecha 07/05/1999, se absolvió por primera vez por el Alto Tribunal a un médico denunciado entre otros delitos del de omisión sanitaria al no concurrir las circunstancias necesarias para ello.

ADECUACION Y USO DE MEDIOS TECNICOS.

Otra circunstancia que rodea la práctica sanitaria y afecta a la propia *lex artis*, es la **adecuación y uso de medios técnicos**, tratada de manera excepcional en la S.T.S. de 5 de mayo de 1988 que declara que *“hubo actuación culposa del INSALUD al consentir la utilización de aparatos sanitarios deteriorados por el uso y sin las suficientes garantías de buen funcionamiento en materia tan delicada para la salud de las personas, lo que determinó el fallecimiento del paciente, daño evidente y cuantioso que se halla en una incuestionable relación de causa efecto con aquél actuar negligente, atribuible de forma directa al INSALUD por las deficientes condiciones del material clínico sanitario, y exigible al amparo del artículo 1902, así como de forma indirecta o por defecto de vigilancia en la actuación de sus empleados o dependientes, responsabilidad fundamentada en el artículo 1903 del Código Civil”*.

En esta sentencia se declaran como hechos probados que en una intervención quirúrgica, cuando se había iniciado la inducción anestésica y se sometía a la paciente a una hipotensión controlada, el anestesista actuante se dio cuenta de que a la paciente no le llegaba oxígeno como consecuencia de una deficiencia en el material clínico utilizado, todo ello a pesar de que los órganos representativos del INSALUD estaban advertidos de que el instrumental empleado para la anestesia era anticuado y deficiente. La sentencia absuelve a los profesionales intervinientes y a los técnicos de mantenimiento, siendo condenado exclusivamente el INSALUD, titular del servicio.

DE LORENZO Y SÁNCHEZ (2000) refieren que la **obligación de medios técnicos**, comprende: la obligación de cada médico de tener el material adecuado para que el trabajo a realizar pueda efectuarse en condiciones normales de

diagnóstico y tratamiento, naturalmente que atendiendo a la modalidad de ejercicio profesional; la obligación de mantener en correcto estado los medios técnicos de que disponga, y de controlar su funcionamiento; y la de utilizar correctamente dichos medios técnicos. La responsabilidad del médico como consecuencia del mal estado del material o del instrumental es una responsabilidad estrictamente médico-profesional.

El capítulo V del C.E.D.M. trata de la calidad, técnica y humana, de la atención médica. Impone el deber de competencia y ciencia debidas, recuerda la norma universal de abstenerse de conductas imprudentes, debiendo disponer de las condiciones técnicas y morales necesarias para que pueda actuar con independencia y responsabilidad. Y debe esforzarse para que esas condiciones se cumplan, apelando en caso necesario a la denuncia pública de las deficiencias.

MEDICINA DE URGENCIA.

En la medicina de urgencia se desarrolla la actividad médica en unas circunstancias que favorecen las posibilidades de malpraxis y el aumento de reclamaciones de responsabilidad por la misma. La metodología utilizada es diferente a la de la medicina general, existiendo necesidad de adoptar decisiones inmediatas e irreversibles, aparte de la propia dinámica de prelación de los servicios de urgencia. Todo ello condiciona que este tipo de medicina sea más difícil de llevar a la práctica correctamente.

La mayor parte de las demandas se relacionan con la historia clínica de urgencias, ya que la sintomatología referida por el paciente durante la asistencia y recogida en el parte de asistencia difiere de la que se señala en la demanda.

Y es que en urgencias no se dispone generalmente de historias anteriores, orientadoras y rigurosas, que permitan establecer antecedentes fundamentados, por lo que se actúa con datos recogidos de inmediato, imprecisos, de dudosa fiabilidad. Por otra parte, las historias que se realizan en muchos servicios de urgencia saturados son incompletas y elementales, limitándose a veces a consignar los síntomas fundamentales y el tratamiento. Esto tiene gran importancia para el enjuiciamiento de los hechos en caso de reclamaciones, pues dan una impresión del interés, cuidados, atenciones y exploración, que se han dispensado a los pacientes y, asimismo, de posibles errores diagnósticos y terapéuticos.

Con objeto de prevenir este riesgo, se ha llegado a proponer la creación de una "historia clínica judicializada de Urgencias" cuya principal novedad reside en que solicita la firma del propio paciente, lo que eliminaría ulteriores discordancias. Entre los

datos clínicos protocolizados y acreditados por el paciente en asistencia urgente se deberían encontrar: datos de filiación del paciente; síntomas y desde cuándo se producen; reacciones alérgicas pasadas o presentes a medicamentos y sustancias químicas o fisiológicas; antecedentes médicos de sus familiares directos (incluidas intolerancias o alergias); enfermedades congénitas o hereditarias; enfermedad, tratamiento actual (aparte de los síntomas); observaciones y firmas del médico y paciente. Este protocolo, que inicialmente está pensado para la Medicina de Urgencia, puede extenderse a las primeras consultas ordinarias, que se completarán posteriormente con la historia clínica.

El Decreto 45/1998 de 17 de Marzo del País Vasco por el que se establece el contenido y la valoración, conservación y expurgo de los documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias y de las Historias Clínicas Hospitalarias, regula expresamente el contenido de una Hoja de Urgencias. Este Decreto refiere que una Hoja de Urgencias, además de los datos de identificación del paciente y de las circunstancias por las que acude al Servicio de Urgencias, debe contener los datos clínicos más relevantes de la asistencia efectuada: motivo de la consulta; constantes clínicas; hallazgos de la exploración física por aparatos y sistemas; pruebas y exploraciones de interés practicadas; tratamiento recibido, en su caso; evolución del enfermo; diagnóstico provisional; recomendaciones terapéuticas, si las hay, al alta; fecha y hora en que el paciente abandona el área de urgencias y destino del mismo.

Respecto a la información y consentimiento, en la urgencia se suscitan asimismo situaciones especiales, y las urgencias vitales son una de las excepciones a la regla de la necesidad del mismo para la realización de cualquier intervención (art. 10.6 de la L.G.S., que en el apartado c) dice *“cuando la urgencia no permita demoras por*

poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”). Este supuesto, según LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (1995), hace referencia al llamado “consentimiento presunto”. No es posible obtener el consentimiento del paciente porque se estima preponderante el derecho a la vida e integridad física e inaplazable la asistencia médica. La redacción legal es suficientemente expresiva de que, dado lo extremo de la situación, el médico siempre estaría amparado por la eximente de estado de necesidad, y la Ley restringe el concepto de urgencia, que no puede ser cualquiera, sino únicamente aquella en la que la demora en la instauración del tratamiento conduzca a la aparición de lesiones irreversibles o al fallecimiento del paciente.

En alguna ocasión, el T.S. ha basado su decisión condenatoria de un ginecólogo en la ausencia de urgencia en sentido legal. En particular, examinó un supuesto en el que, durante la práctica de una cesárea urgente el cirujano practicó una ligadura de trompas que la sentencia considera indicada médicamente y llevada a cabo de acuerdo con la *lex artis*, pero como no existía riesgo inmediato para la vida y la integridad de la persona, sino prevención de riesgos futuros, dictó sentencia condenatoria.

Es interesante recoger lo que dice el Convenio de Oviedo a propósito de las situaciones de urgencia: *“Cuando, debido a una situación de urgencia, no pueda obtenerse el consentimiento adecuado, podrá procederse inmediatamente a cualquier intervención indispensable desde el punto de vista médico en favor de la salud de la persona afectada”*.

Queda, pues, claro que la posibilidad de actuación se limita exclusivamente a las intervenciones médicas necesarias que no pueden ser

retrasadas. Las intervenciones, cuyo aplazamiento es aceptable, se excluyen de este supuesto.

Y relacionados con las situaciones de urgencia, en la práctica médica diaria son relativamente frecuentes ciertas situaciones límite o casos de extrema gravedad en las que, la no actuación médica urgente supondría una muerte inmediata. Es el caso de los ***huelguistas de hambre*** en fase avanzada con grave peligro de muerte, o la de ciertas ideologías que se oponen a determinadas intervenciones médicas necesarias para conservar la vida, como es el caso de los ***testigos de Jehová*** respecto a las transfusiones de sangre. En ambos casos los sujetos se oponen a ser tratados médicamente y, frente al peligro de la producción de un mal mayor como es la muerte, siempre surge la duda de intervenir facultativamente o no.

Unos autores defienden la “libertad de conciencia” del enfermo, garantizada en el art. 16 de la C.E., entendiendo que la libertad humana no tendría limitación alguna, y el derecho de disponer de la propia vida sería una de las expresiones de dicha libertad, por lo que la posible conducta médica podría encuadrarse en el actual C.P. como “delito contra la libertad de conciencia” (art. 522 y siguientes) o bien “delito de coacciones” (art. 172). Entienden estos autores que debe prevalecer la voluntad del individuo, no puede lesionarse la libertad personal, al ser un derecho prioritario, y el realizarlo supondría atentar contra el derecho del individuo a vivir en determinadas condiciones, “no a cualquier precio”, acorde con su conciencia y el ambiente religioso o ético-social en el que se desenvuelve y a la libre disposición de su cuerpo.

En un plano opuesto se encuentran los autores que entienden que el estado de necesidad permite que para evitar la muerte puedan intervenir terceras personas (médicos), aunque con su actuación lesionen bienes jurídicos (la libertad, el

honor o la dignidad del afectado) y, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, tanto desde el punto de vista penal como constitucional tienen menor valoración que la vida, y cuya lesión, por tanto, supone un mal de más baja cuantía. Y según este criterio el médico se encuentra obligado a intervenir terapéuticamente aún en contra de la voluntad del sujeto, obligación de auxilio impuesta por el deber de socorro, y el no hacerlo podría constituir según el actual C.P. un “delito de omisión del deber de socorro” (art. 196) y, por supuesto deontológicamente “denegación de asistencia” o incluso un “delito de inducción al suicidio” (art. 143.1).

No obstante, una vez aplicados los tratamientos es muy posible que posteriormente el paciente, sus familiares o allegados se querellen contra el médico, si bien desde un punto de vista pragmático parece indudable que cualquier acción judicial intentada contra la conducta médico-quirúrgica de un facultativo que salve la vida de un paciente no ofrecerá posibilidades de éxito. Y no debe olvidarse la circunstancia eximente 7ª de responsabilidad penal del art. 20 del actual C.P.: *“está exento de responsabilidad criminal el que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”*.

Ante la diversidad de teorías a la hora de afrontar estas situaciones la Comisión Deontológica del Colegio Oficial de Médicos de Madrid, tras un minucioso estudio de los Códigos vigentes y consultas al Consejo General del Poder Judicial (C.G.P.J.) ha sentado las siguientes normas orientadoras:

1.- No existe un criterio único y firme para resolver la cuestión de modo general y que ofrezca plena seguridad jurídica a quienes intervengan, ya que derechos y obligaciones de médicos y enfermos están distintamente considerados, según algunas opiniones o interpretaciones en la Ley o incluso en la propia Constitución.

2.- *Las intervenciones médicas no pueden dar lugar a responsabilidad penal (“delito de lesiones”) salvo por la vía de negligencia profesional, ya que la actuación médica tendría por finalidad mejorar el estado clínico del paciente.*

3.- *El rechazo a la intervención médica por parte de los pacientes debe ser aceptado por los facultativos, siempre y cuando la negativa sea libremente expresada por el paciente que a su vez se encuentre plenamente consciente, a juicio del médico, y que haya sido debidamente informado de los riesgos que su decisión tiene para su salud o su vida.*

4.- *Si existe documento firmado por el paciente que prohíba la realización de una intervención médica, aun con peligro de muerte, y el paciente se encuentra inconsciente o sin completa capacidad de discernimiento, debe respetarse la negativa.*

5.- *En caso de menores de edad, incapaces o personas inconscientes o sin plena capacidad de discernimiento a juicio del médico, sin documento firmado previamente, no serán válidas las terceras personas en general (parientes, amigos o correligionarios, ni aún de su representante legal, padre, cónyuge o hijo) ni la presunción de que por el hecho de pertenencia a la asociación, se debe deducir la aceptación de todas las creencias y de todas las prácticas en todas las ocasiones. En tales casos se requerirá el auxilio de la Autoridad Judicial competente, incluida el Ministerio Fiscal en los casos necesarios (menores de edad o incapaces).*

En un análisis de estas situaciones, GIL (1998) señala que en auto de la Audiencia Provincial de Granada, publicado en DM el 09/07/1998, se establece que el médico no puede pedir el aval de una autorización para practicar transfusiones a un testigo de Jehová en caso de que la intervención lo haga necesaria, porque un Juzgado de Instrucción carece, simple y llanamente, de poder de decisión en esta

materia. El artículo de la Ley Orgánica del Poder Judicial que detalla las funciones de este órgano judicial no contempla la autorización de tratamientos médicos, ni tampoco lo hace ninguna otra ley en el caso de adultos. Deja la decisión en manos del médico y parece sugerir que alegue el estado de necesidad en caso de sufrir una querrela penal si decide transfundir.

En línea similar refiere ASENSI (1999) que en San Sebastián un auto dictado por el Juzgado de Instrucción nº 5, en una situación similar, consideró que *“el médico antes de pedir autorización judicial, debe contrastar si existen alternativas asistenciales para intervenir sin sangre”*. La resolución explicaba que el simple conflicto ético futuro no permite acudir al juez.

De igual modo, tras solicitar un testigo de Jehová la autorización de una intervención quirúrgica sin aporte de sangre transfundida, un auto dictado por la Audiencia Provincial de Salamanca considera *“impropio de la actividad jurisdiccional autorizar una intervención quirúrgica en condiciones manifiestamente contrarias a la lex artis y atentar contra la libertad de conciencia y actuación del médico”*. La Audiencia Provincial de Salamanca, a pesar de reconocer que *“resulta cierto el derecho del paciente a renunciar al tratamiento”*, añade que *“tampoco puede imponerse a ningún facultativo la aplicación o ejecución de actos encaminados a salvaguardar la vida o la salud del enfermo de manera contraria a lo que la lex artis y sus conocimientos médicos exigen e imponen”*. En consecuencia, el auto sostuvo que *“sobra la autorización judicial solicitada por radicalmente innecesaria y por conducir a la obtención de fines no legítimos e impropios de la actividad jurisdiccional”*.

Ocasionó revuelo en la opinión pública la S.T.S. de la Sala de lo Penal, de fecha 27/07/1997, con ponente al Excmo. Sr. Granados Pérez, que condenaba a unos

padres testigos de Jehová por homicidio imprudente por la negativa de los mismos a que su hijo recibiera transfusiones sanguíneas, considerando irrelevante la negativa del menor y que el derecho a la vida prevalece sobre la libertad religiosa.

En cambio, juristas como Santiago Pelayo, letrado del Insalud, o José Manuel Martínez Pereda, magistrado del Tribunal Supremo, han defendido que se debe respetar la voluntad del testigo de Jehová adulto como parte del derecho a la renuncia del tratamiento.

En el derecho comparado, a pesar de no proliferar los fallos en este campo, el Supremo japonés dictó una sentencia en la que exigía reparar el daño por transfundir. Y en Estados Unidos, un jurado de Illinois concedió una indemnización de 22 millones de pesetas por haber transfundido sangre en contra de la voluntad del paciente.

Pero exceptuadas estas situaciones de urgencia vital, en las restantes situaciones será obligatorio obtener el consentimiento informado (GALÁN CORTES, 1997), que será similar en sus presupuestos de tiempo, forma y objeto, en su contenido y límites a las situaciones de medicina no urgente.

Los protocolos han de observarse, pero estarán condicionados a las circunstancias de tiempo, lugar, medicina hospitalaria o ambulatoria y disponibilidades materiales.

En el V Congreso Nacional de Derecho Sanitario (1999), este tema fue objeto de una ponencia y se revisó jurisprudencia relacionada con este tema, sobre error diagnóstico en urgencia no quirúrgica, error diagnóstico inexcusable,

responsabilidad de equipo en urgencia, aplicación de técnicas de riesgo, diagnóstico telefónico, omisión de deber de asistencia urgente, abandono del servicio, etc., pero no vamos a entrar en el análisis de cada una de ellas, aunque, en general, la urgencia siempre es un factor atenuante.

Así, queremos recoger algunos párrafos de la S.A.Prov. de León de 12/11/97, en la que se señalan las distintas características de un Servicio de Urgencias, que parecen interesantes:

“En los servicios de urgencias no se trabaja con la misma metodología que en los servicios generales de los hospitales. La carencia de una historia clínica, la necesidad de adoptar decisiones inmediatas e irreversibles, la ausencia de análisis meditados sobre la real situación del paciente, la propia dinámica de prelación de los servicios de urgencia son características que no pueden ser olvidadas. Son factores no recogidos por la legalidad expresa, y ni tan siquiera por la ciencia médica, que tendrán su peso y su específico valor en el momento de analizar la prudencia o la imprudencia del tratamiento ejercitado, más allá del resultado obtenido. No es exigible, ni en la teoría ni en la práctica, el mismo nivel de acierto de diagnóstico, de aplicación de tratamiento o de valoración de las circunstancias del paciente a aquel médico que tiene un nivel de datos suficiente antes de adoptar una decisión no perentoria de aquel otro médico que actúa sólo con los datos, siempre incompletos y a veces confusos, que le proporciona el paciente que ha entrado en un servicio de urgencias. El nivel de previsibilidad y de evitabilidad del resultado se encuentra necesariamente alterado”.

Sin embargo, no siempre impera este criterio, y a tal respecto citamos la S.T.S. 4/07/2000 en la que se condena a 20 millones porque se consideró incompleta la anamnesis en una enferma con ciática que sufrió una alergia medicamentosa al suministrarle diclofenaco, a pesar de haberle preguntado a los familiares y al paciente

si era alérgico a algún medicamento y haber dado una respuesta negativa.

Asimismo, en otra S.A.Prov. de Barcelona (recogida en DM 17/01/2000) se valora el daño moral a los familiares por la falta de la atención debida al dar un alta prematura por colapso en urgencia.

LISTAS DE ESPERA.

La realidad de la lista de espera entra dentro de la teoría del riesgo en el ámbito de la Administración. Esta, por el mero hecho de su actuación, genera un riesgo y éste, si se materializa, hay que indemnizarlo, porque sólo es posible librarse de indemnización con una ley que imponga aceptar el perjuicio en cuestión (FERNÁNDEZ DE AGUIRRE -a-, 2000).

La responsabilidad de la Administración por la muerte de pacientes en espera de intervención se ha puesto de actualidad tras la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que condenaba a Sanidad a indemnizar con 21 millones de pesetas a los familiares de un enfermo de corazón que falleció mientras esperaba una intervención quirúrgica.

Esto tiene gran importancia, por cuanto se abre una vía para reclamar por los daños acaecidos en una lista de espera ordinaria, ya que en el caso que se refiere, la intervención del paciente estaba programada para dos meses, tiempo que se considera normal cuando el enfermo es clasificado como preferente.

Pero la Audiencia considera que existe responsabilidad objetiva de la Administración por el funcionamiento de sus servicios, y condenan por un funcionamiento normal, que sin embargo ha producido un daño antijurídico que los familiares del paciente no tenían el deber jurídico de soportar. La sentencia, de acuerdo con la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones del Estado, que en su art. 139 promueve un proteccionismo a ultranza del Administrado, es impecable jurídicamente, pues considera que *“el daño sufrido es antijurídico, es decir, no había el deber de soportarlo de acuerdo con la ley, pues si bien es asumible que haya listas de espera*

por las propias carencias o limitaciones del sistema de salud, la juridicidad de la espera no implica la soportabilidad del daño". ATELA BILBAO (2000) considera que esta sentencia plantea un problema de gestión de riesgos y de gestión de listas de espera y descarta cualquier responsabilidad profesional cuando el facultativo se ajuste a los protocolos hospitalarios o de la Administración.

A nadie extraña la lista de espera que padecen los pacientes que van a someterse a determinadas pruebas diagnósticas y terapéuticas, pues detrás de ello se sitúa el imponderable de un sistema sanitario, en el que las citadas listas de espera no son consecuencia de una mala gestión, sino de las limitaciones presupuestarias, constituyendo un paradigmático ejemplo de los denominados riesgos del desarrollo, esto es, los efectos negativos de un estado social modulado por factores económicos. Según esta sentencia, el paciente en lista de espera podría acudir a la medicina privada, regulando la ley el reintegro de sus gastos.

Pero la tremenda contradicción, y de ahí la antonimia jurisprudencial, surge cuando se compara el cuerpo de sentencias que dictan las Salas de lo Social en materias de reintegro de gastos con la que ahora comentamos. Por un lado se restringe el reintegro a los casos de "urgencia vital" rigurosa, y por otro se amplía el sentido del término "funcionamiento de los servicios públicos" a los casos de listas de espera correctamente gestionada. Será necesario armonizar ambas corrientes jurisprudenciales (MOURE, 2000).

El problema es importante y de difícil solución. Un procedimiento ideal de afrontarlo sería hacer menos medicina preventiva, con lo que las listas de espera disminuirían.

En el VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario (2000) en el que

intervinieron como ponentes FERNANDEZ DE AGUIRRE, RODRÍGUEZ SENDIN y MARTÍNEZ PEREDA, según el último autor *“en todos los países avanzados, las listas de espera son un hecho”*, y aclara que en las listas de espera *“el delito de omisión del deber de socorro tiene forma culposa y no admite el dolo, y es muy raro el caso de negarse a prestar asistencia sanitaria conscientemente”*.

FERNANDEZ DE AGUIRRE cuestiona *“si el paciente tiene el deber jurídico de soportar el daño producido o, por el contrario, ese daño es antijurídico. Está claro que el particular no tiene el deber jurídico de soportar el daño si no hay una ley que le obligue a soportarlo. La realidad de la lista de espera entra dentro del riesgo en el ámbito de la Administración. Esta, por el mero hecho de su actuación, genera un riesgo y éste, si se materializa, hay que indemnizarlo, porque sólo es posible librarse de indemnización con una ley que imponga aceptar el perjuicio en cuestión”*.

Por otro lado, RODRÍGUEZ SENDIN ha apuntado que las listas de espera plantean una serie de problemas éticos, acerca de cuál es la manera de reducirlas y de amortiguar sus efectos. Ha planteado examinar la variabilidad de los profesionales, su grado de rendimiento, *“porque está demostrado que hay unos cirujanos que operan más que otros, por ejemplo”*.

Es interesante la Sentencia del T.S.J. de Canarias, Sala de lo Social, de fecha 26/07/1996, que condena al Insalud al reintegro de los gastos (dos millones de pesetas) que sufrieron los padres de una niña que tuvieron que trasladarse al extranjero para que aquella recibiera tratamiento. El Tribunal ha incluido la falta de medios y de personal dentro del supuesto legal de denegación injustificada.

II. 3. CONSECUENCIAS DE LA MALPRAXIS.

La malpraxis médica y el incremento de reclamaciones por la misma va a determinar una serie de consecuencias en una doble vertiente, médica y jurídica:

A). **Consecuencias médicas**, por cuanto al verse afectados los médicos demandados y la colectividad médica en conjunto, va a surgir un cambio reactivo en el ejercicio de la medicina, dando lugar a la llamada **medicina defensiva**, con la que se tratará de evitar en lo posible las demandas, procurando eludir o derivar los casos de riesgo diagnóstico o terapéutico, utilizando toda clase de medios complementarios y reservando los diagnósticos y pronósticos si no se tiene seguridad en ellos (aspecto por lo demás muy corriente en la práctica de la medicina). Con estas actitudes queda un tanto encorsetada la actividad médica y entorpecida la relación fluida de médico a enfermo, además de encarecerse enormemente el ejercicio, al exigir para el mismo toda clase de exploraciones o aparataje, y se aumentan las listas de espera por la ocupación indiscriminada y masiva de los distintos servicios, siendo esto a su vez una importante causa de malpraxis, que ya hemos tratado en su lugar.

Ello motiva tanto en el sujeto activo como en el pasivo del acto médico repercusiones psicológicas y prácticas importantes.

En el médico vendrán derivadas de las situaciones en que se encuentra implicado por el consiguiente descrédito que aquéllas suponen a veces, o los trámites desagradables a que puede verse sometido (declaraciones en Juzgados ante abogados, que no siempre van a ser comedidos, o enfrentamientos directos ante los enfermos supuestamente perjudicados cuando no han de soportar el peso que para los profesionales supone la pena del banquillo), con posible repercusión, a veces muy importante en el patrimonio, derivada de la posible responsabilidad civil.

JORNET (-a- 1995) estudia este problema basándose en datos y trabajos obtenidos de EE.UU., en donde estos problemas surgieron mucho antes y, por tanto, se tiene mayor experiencia. Cita al respecto amplia bibliografía y refiere cómo en un estudio practicado en 1987 se encontró que el 17% de los médicos internistas, el 32% de los médicos de familia y el 38% de los obstetras evitan toda actividad médica que pueda suponer un cierto riesgo de demanda, cómo un 40% de los médicos demandados ha llegado al extremo de solicitar la jubilación anticipada y aconsejar a sus hijos que no estudien medicina. En otras ocasiones, antes de admitir a una persona como paciente, se hace una valoración sobre la posible conflictividad de aquélla, pues la mejor forma de evitar riesgos es huir de ciertos pacientes o de tratamientos o exploraciones agresivos. El citado autor refiere que en una reunión de la American Cancer Society en 1986 se calculó que el número de enfermos cancerosos que morían cada año por hacer un tratamiento subestándard era de más de diez mil y se comprobó que los médicos de EE.UU. tienden a infratratar a sus enfermos por miedo a las complicaciones que los tratamientos puedan provocar, con lo que, según la mencionada asociación los enfermos, se están perjudicando a sí mismos por su mentalidad de reclamación, pues están atando las manos a los médicos.

En el otro extremo, el sujeto pasivo de la actividad médica, que es el enfermo. Necesariamente tiene que conocer o autorizar el curso evolutivo de su enfermedad y los riesgos de la misma y de someterse a determinadas exploraciones o intervenciones, lo que en gran número de casos va a generar ansiedad y respuestas y decisiones no siempre acertadas al ser subjetivas y tomadas por alguien a quien muchas veces no se le puede hacer conocer la trascendencia de sus decisiones o de su enfermedad, porque la medicina es demasiado compleja para poder aprenderla en unos minutos, teniendo en cuenta además la carga subjetiva que implican estas

decisiones. Decisiones que, por otra parte, ha de tomar el paciente con una información que se le da más bien dirigida en muchas ocasiones a protegerse el médico en caso de complicaciones o resultados desfavorables que a un verdadero deseo de informar. Por ello conllevan una obsesión por los protocolos, y con frecuencia se presenta al paciente en un amplio programa momentos antes de ser anestesiado o sometido a una intervención o una prueba. ¿Hasta qué punto no se encuentra prácticamente coaccionado a seguir adelante el curso de los acontecimientos? Porque realmente esos protocolos se presentan cuando todo está preparado a tal fin. En otro sentido, hay que pensar que si se comunicaran al paciente de manera detallada todos los riesgos existentes y posibles con tiempo suficiente para conocerlos y reflexionar sobre ellos, muchos serían los que se opusieran a su práctica por más indicada que estuviera.

B). Y por otra parte, también se determinan unas **consecuencias jurídicas** en sentido amplio, al existir responsabilidad no sólo civil o penal, sino también administrativa, social y deontológica, que va a traducirse a veces en medidas punitivas o represivas, o de modo mucho más frecuente indemnización del posible daño causado.

En su estudio ya hemos entrado en un capítulo previo y, en general, todas están sintetizadas en el concepto de responsabilidad, que es la clave o piedra angular del tema. Esta idea de responsabilidad es un concepto que evoluciona con la corriente de los tiempos, lejos de ser estático e inamovible. Y dicha evolución viene marcada por la Jurisprudencia.

Por ello, trataremos sobre todo aquí de mencionar los criterios últimos por los que se rige la responsabilidad en los distintos tipos de procedimientos, así como las tendencias actuales procesales y vías de actuación recomendadas o exigidas, a

través del examen de la jurisprudencia, que es amplísima y polimorfa, pues cada caso ofrece sus matices particulares que hacen que nunca sean iguales y, por ello, existe gran disparidad de criterios, condicionados por opiniones, enfoques y puntos de vista distintos, con grandes divergencias en los órganos jurisdiccionales, no sólo en las distintas jurisdicciones, sino entre distintas escalas de una misma jurisdicción, entre las Audiencias y el T.S., e incluso en el mismo T.S., donde la uniformidad de criterio deberá ser una constante y no lo es.

Renunciamos por ello de antemano, pues sería enormemente complejo y más propio de una tesis de Derecho, a hacer un estudio exhaustivo de la referida jurisprudencia, aparte de que sería una vana pretensión por las razones apuntadas (su gran amplitud y divergencia de criterios por los que se rige), pero sí queremos llamar la atención en algunos aspectos y tendencias jurisprudenciales, porque las consideramos fundamento y guía práctica en materia de responsabilidad, y que concretamente se refieren a la aplicación de criterios de responsabilidad objetiva, modificaciones en las vías procesales para ejercitar las reclamaciones (en especial, cuando se trata de responsabilidad de los servicios de la Sanidad Pública), y una figura jurisprudencial en la que se incurre en responsabilidad sin probar una actuación productora del daño, el nexo causal, simplemente porque éste ha sido grande y desproporcionado a lo normal.

En cuanto al primer aspecto, las tendencias actuales tratan de desviarse a la responsabilidad objetiva, influenciada por directivas de la Unión Europea, alguna de ellas ya mencionada, como la del Consejo de Europa de 20 de Diciembre de 1990, que establecía que *“la carga de la prueba en ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicios”* y que a su vez se hacen eco de los criterios de EE.UU., y de la existencia de responsabilidad “sin culpa”, siendo suficiente la relación de causalidad e incluso la responsabilidad simplemente “por riesgo”. Esta tendencia se hace realidad habitual desde 1997.

O'CALLAHGAN MUÑOZ (2001), en las IV Jornadas Andaluzas de Valoración del Daño Corporal de Sevilla, llama la atención sobre ello y señala cómo se ha ido instaurando una modificación del criterio de aplicación del art. 1902 por desplazamiento de la culpa (un requisito necesario para que exista responsabilidad exigido en el mismo) a la causa, siendo suficiente la existencia de riesgo para justificar la responsabilidad, de modo parecido a los accidentes laborales o de tráfico. Con ello se opera un cambio en cuanto a la responsabilidad por exigencia de resultados y no de medios, no inversión de la carga de la prueba en casos graves o en cuanto existe un resultado desproporcionado, o por considerar que el médico tiene la posición procesal más ventajosa.

Estos criterios cobran entidad especial en las intervenciones quirúrgicas para cirugía estética, esterilizaciones por vasectomía o ligaduras de trompas, cirugía de transexualidad, y todo lo que MARTÍNEZ PEREDA (1994) denomina genéricamente “cirugía satisfactiva”, y la Sala Primera del T.S., en su Sentencia de 25/4/1994 lo engloba como “medicina voluntaria”, en la cual se interpreta que existe un contrato de obra, y en la que se garantiza, dentro de unos ciertos presupuestos, el resultado (RUIZ VADILLO, 1998) y por tanto la exigencia es de resultados y no sólo de medios, como ha venido siendo criterio clásico para la práctica médica en general. El contrato existente entre médico y paciente, que tradicionalmente se calificaba como de arrendamiento de servicios se parece para estos supuestos de “medicina voluntaria” mucho más al contrato de arrendamiento de obra, porque, en cierto sentido, se está contemplando de manera directa y como contenido de la propia contractualidad, un concreto resultado.

La jurisprudencia del T.S. realiza una acertada definición de lo que se entiende por Medicina Satisfactiva en sentencia de fecha 25 de abril de 1994: *“Son casos en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el*

interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica -actividad sexual- en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de acudir a otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya solo como los supuestos de medicina curativa la utilización de los medios idóneos a tan fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente -que no paciente-, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si esta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis, que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.”

La doctrina de esta sentencia ha sido con posterioridad seguida por otras resoluciones tanto del propio T.S. como de las Audiencias Provinciales.

En este sentido fueron pioneras una serie de sentencias de la Sala Civil del T.S., como las de 9/6/97 (en la que se habla de inversión de la carga de la prueba), la de 27/6/97 (referente a ligadura de trompas, considerándola con cierta aproximación con el contrato de arrendamiento de obra), la de 1/7/97 (en la que se lleva a cabo un estudio de la doctrina hasta cierto punto unitaria entre responsabilidad civil contractual y extracontractual y se contempla una intervención de un “lifting”), la de 28/6/97 (que trata un caso similar), la de 2/12/97 (sobre una invalidez en una joven de 13 años por alargamiento de extremidades inferiores), la de 11/2/97 (que se refiere a un caso de vasectomía), la de 21/7/97 (referente a la responsabilidad del Insalud de acuerdo con el art. 1903 del C.C.), las de 20/6/97, 28/7/97, y muchas más, en las que como dice

DOMÍNGUEZ VENTURA (1998), “algo se mueve” en las más altas instancias jurisdiccionales en lo que respecta a los asuntos por malpraxis en la vía civil, adoptando criterios novedosos en la citada materia.

Desde luego, en los casos en que existen hechos graves y no existe una explicación clara de los mismos, o los resultados son desproporcionados a los previsible, cada vez se tiende más a exigir al facultativo que aporte cuantas pruebas tenga en su mano para probar que la praxis ha sido correcta, e incluso específicamente dirigida a prevenir los posibles riesgos o complicaciones de la actuación médica. Es decir, que corresponde al facultativo la carga de la prueba, de modo contrario a la norma habitual, en la que existe una inversión del onus probandi. Y aún más, a veces se le exige no sólo demostrar lo correcto de su actuación, sino probar la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor para obviar su responsabilidad, lo que es un plus sobre la carga de la prueba.

La tendencia a utilizar criterios de responsabilidad objetiva se ve reforzada en el caso de reclamaciones no personalizadas en facultativos, sino hechas contra la Administración, pues la legislación es aquí mucho más exigente y la responsabilidad puede derivarse exclusivamente de una simple relación de causalidad, de modo que la responsabilidad sólo se excluye por causa mayor, actuación de un tercero o del propio interesado de modo negativo. Existen también aquí divergencias notables en la aplicación de estos criterios entre el T.S. y las Audiencias (O`CALLAGHAN, 2002).

Es notable asimismo la aplicación de responsabilidad objetiva cuando se invoca el Código de Consumidores y Usuarios. Transcribimos algunos párrafos de una S.T.S., muy ilustrativos, que reflejan mucho mejor que cualquier otra fuente los aspectos referidos, ya que las Sentencias del Alto Tribunal son la norma por la que se rige la cuestión que tratamos.

Así, en la S.T.S. de 27/4/99 se dice:

"Ante todo hay que decir que el art. 1902 C.C., así como sus concordantes, establece y regula la obligación surgida de un acto ilícito y que se puede estimar como uno de los preceptos emblemáticos del C.C., del cual emana la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual –también "aquiliana"– por haber sido introducida en el área jurídica por la lex aquilina del siglo III a. de C. figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, y b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana. Todo lo cual lleva inexorablemente a objetivizar la responsabilidad, perdiendo importancia, en el campo sustantivo la teoría culpabilista, y en el campo procesal, la imposición de la inversión de la carga de la prueba.

Pero es más, dicha atenuación culpabilista e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria, lleva inexcusablemente a una enorme ampliación de la obligación in vigilando y a un "plus" en la diligencia normalmente exigible.

Todo lo anterior se dice como prolegómeno indispensable, para centrar el estudio del motivo alegado, cuyo núcleo es en la infracción del artículo 1902 del Código Civil.

Desde luego es incuestionable que la jurisprudencia del T.S., en concreto la de esta Sala, sobre todo la más actual, tiende hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva, en la derivada de los eventos concretados en el artículo 1902 del C.C., pero nunca lo ha realizado hasta entronizar dicha responsabilidad objetiva de una manera absoluta y radical, y así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la Sentencia 16 Diciembre 1988, cuando dice que "la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del artículo 1902 C.C. su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado", y, sigue diciendo

"por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del – riesgo–, bien de su equivalente del de –inversión de la carga de la prueba–, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado (dicho art. 1902 del Código Civil)".

Ello, no es sin embargo causa ni motivo para que tal responsabilidad surja siempre, dado que también y como tiene proclamado esta Sala, es de tener muy en cuenta la conducta de quien sufrió el daño, de tal modo que cuando ésta sea fundamentalmente determinante de dicho resultado, indudable resulta por aplicación de los principios de la Justicia distributiva, conmutativa y social, así como de la seguridad jurídica (no se puede hablar de una responsabilidad indemnizable que se pueda reprochar a un tercero).

Pero profundizando más en la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad que se contempla hay que afirmar que el art. 1903.5 del C.C. ha sido derogado por la Ley 1/1991 de 7 Enero y se puede asegurar que la responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad se encuentra regulada en la C.E.(art. 106.2) y en la legislación administrativa; y cuando se habla de la responsabilidad del Estado, se puede decir de las Administraciones Públicas, y en concreto de las Comunidades Autónomas, y así la nueva Ley 30/1992 de 26 Noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, regula en su Título X la responsabilidad de las Administraciones Públicas y de sus autoridades y demás personal a su servicio, y en concreto en su artículo 139.1 se proclama el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Proclamado lo antedicho será preciso afirmar que esta responsabilidad, que ahora se estudia, es objetiva y además directa, y que incluso la jurisdicción competente para exigir el cumplimiento de la obligación de reparar el daño puede ser, en principio, la contencioso-administrativa; sin embargo, con respecto a este punto competencial, hay que decir, que la jurisdicción civil ha aceptado y resuelto casos, y en el presente así lo va a hacer, en base

fundamentalmente a la vía atractiva de la jurisdicción civil y para evitar un "largo peregrinaje" a través de las distintas jurisdicciones. Y así se soporta en la sentencia de esta Sala de 4 Febrero 1997"

Ello tiene más importancia actualmente, ya que han cambiado los criterios, es decir, la vía procesal a seguir en caso de suscitarse la existencia de responsabilidad por malpraxis en los servicios sanitarios públicos, asunto nada superfluo, sino de gran importancia por distintos motivos, tales como la facilidad para llevarse a cabo, el tiempo medio hasta la resolución, el coste del procedimiento, el criterio que se va a seguir por el órgano jurisdiccional (que lógicamente va a repercutir en las posibilidades de fallos favorables y, en su caso, las cantidades a percibir).

En todo caso, lo normal es que en gran número de casos se proceda por la vía penal, que va a ser gratuita o poco más y va a aportar un estudio detallado médico forense, asegurándose así un perito normalmente competente e imparcial, y además permite desmenuzar el caso y contar con todos los datos que supone la instrucción del mismo, y que de todos modos siempre van a ser un punto de partida utilísimo para el demandante, que va orientado sobre las posibilidades de que prospere la demanda, para, en caso contrario, abandonar el caso o seguir las vías civil, administrativa y, hasta hace poco, la social.

Finalmente, consideramos la doctrina jurisprudencial aplicable en el caso de resultado desproporcionado, introduciéndose en nuestro país una figura atípica de responsabilidad, al considerar que existe "culpa virtual", exigiéndose al médico para quedar exento de la misma no sólo la carga de la prueba de su buena praxis, sino demostrar la existencia de caso fortuito, lo cual va más allá del "onus probandi". Con ello se pretende no dejar estos casos sin indemnizar, por lo que ROIG SERRANO (1999) se pregunta: *"la culpa virtual ¿doctrina legal o justicia material?"*.

Más expresivo que cualquier descripción, es lo que se dice en las siguientes STS, de la Sala de lo Civil, de las que son ponentes O'CALLAGHAN y VILLAGOMEZ respectivamente:

S.T.S. de 29/6/99: *“Distinta es la responsabilidad del Instituto Nacional de la Salud, a la que debe aplicarse la doctrina jurisprudencial, también reiterada y que es preciso recordar sobre el daño desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor (así, la sentencia de 13 de diciembre de 1997 y 9 de diciembre de 1998), que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) que se refiere a una evidencia que crea una deducción de negligencia y ha sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana y a la regla del Anscheinsbeweis (aparencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la faute virtuelle (culpa virtual); lo que requiere que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado aunque no se conozca el detalle exacto y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima.*

En el caso presente, una mujer relativamente joven (44 años) se somete a una operación relativamente sencilla (extirpación de la vesícula biliar) y fallece de una parada cardiorespiratoria, sin que el centro médico dé la más mínima explicación coherente sobre ello. Es un resultado desproporcionado, la cosa habla por sí misma (“res ipsa loquitur”) y hay clara apariencia de prueba (Anscheinsbeweis) de la culpa, culpa virtual (“fatue virtuelle”) que si no consta la negligencia de médicos concretos, sí aparece, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, una presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

Y en S.T.S. de 12/12/98: *“En el caso que nos ocupa nos encontramos ante una actuación médica, en principio correcta y dotada de las medidas y precauciones adecuadas de forma general, pero que desembocó en un grave e irreparable resultado, que afecta de manera negativa e irremediable a la salud de la enferma, al quedar reducida a vida vegetativa, cuando antes de la intervención gozaba de salud suficiente para llevar una vida normal y la familiar propia de su estado de casada, con lo que se está ante un mal resultado que se presenta desproporcionado, conforme a la Sentencia de 18 de Febrero de 1997.*

De ahí que el Tribunal de apelación efectuara búsqueda juzgadora muy atenta en el material probatorio para llegar a la decisión que se combate, que no es imaginativa ni menos inventada, sino corroborada con hechos demostrados que se estudian y aportan, los que resultan suficientes para justificar el fallo condenatorio pronunciado.

Conforme a la doctrina más avanzada de esta Sala de casación civil, en materia de culpa médica, correspondía a los recurrentes haber probado que se empleó correcta praxis y se practicó el intubado con todas las condiciones de previsión, oportunidad y seguridad suficientes para evitar los gravísimos daños ocasionados, lo que llevaría a la posibilidad de poder contemplar supuesto de caso fortuito, cuya demostración cumplida corresponde a quien resulte demandado en asuntos como el presente (S.T.S. de 31 julio 1996 y 29 julio 1989)”.

Sentencias similares del T.S. sobre el mismo tema son las siguientes: las de 2/12/96, 29/7/99, 9/7/99, 1/7/97, 21/7/97, 22/5/98, 8/9/98, 9/12/98, y otras.

II. 4. SOLUCIONES.

Dada la trascendencia del problema que tratamos y la gran cantidad de casos y situaciones que se suscitan sobre el mismo, es obvio que hay que tratar de evitarlas en lo posible y, en el caso de que surjan, tratarlas del modo más favorable para los posibles perjudicados y también de la forma menos traumática para el personal o el sistema sanitario.

En este enunciado ya quedan patentes los dos grandes tipos de medidas a adoptar: unas, de tipo preventivo (entre las que están, por una parte, evitar la malpraxis, y por otra, suscribir seguros de responsabilidad civil adecuados); y otras de regulación de los derechos del paciente y de la seguridad jurídica del sector sanitario.

II.D.1. MEDIDAS PREVENTIVAS.

II.D.1.1. La solución ideal a la malpraxis es **EVITARLA, tratando de que la PRAXIS sea CORRECTA y se atenga en todo momento a las normas de la “lex artis”**, cuyos principios ya hemos tratado en los capítulos correspondientes, no olvidando nunca la prestación de cuidados al enfermo, una formación adecuada, avalada en todo caso por las exigencias y titulación reglamentarias para el ejercicio profesional, que evitan el intrusismo, y, en general, seguir con precisión y exactitud el cumplimiento de protocolos, la realización de una correcta historia clínica, protección de datos y secreto médico y una correcta información del paciente, y consentimiento para la realización de cualquier acto médico, que implique riesgos, previsión de los mismos, etc. En resumen, observar con exactitud toda la normativa, disposiciones legales y metódica, que se ha repasado puntualmente en su lugar oportuno, concretamente en dos grandes apartados: el del concepto y factores de la malpraxis y el de las causas de la misma. Por tanto, para evitar repeticiones, a ellos nos remitimos.

II.D.1.2. Tener un correcto **SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL** como aval y cobertura de cualquier fallo o evento, siempre inevitable en cualquier actividad humana y mucho más en la actividad médica a largo plazo, sujeta a la falta de seguridad de las ciencias biológicas.

De este modo, el mejor método para poder afrontar cualquier posible responsabilidad es la realización de un seguro adecuado y suficiente de responsabilidad civil, asunto de extraordinaria importancia en nuestro estudio desde el punto de vista pragmático, y por ello se le da gran importancia por todos los sectores que intervienen en el tema que nos ocupa. Por nuestra parte, hemos tratado de pulsar la opinión de los colectivos de médicos y abogados sobre algunos aspectos del mismo.

El Seguro de Responsabilidad Civil es de estudio obligado en reuniones sobre responsabilidad médica y, entre otras, fue ponencia del VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, tratado por PELAYO PARDOS, PEDREIRA ANDRADE y BALLESTEROS QUINTANA, y asimismo es uno de los temas estudiados en el Plan de Formación de Responsabilidad Sanitaria, desarrollado por la Asociación Española de Derecho Sanitario, del que son autores DE LORENZO MONTERO y MEGÍA SALVADOR (1998).

Como en cualquier caso es materia mucho más jurídica que médica, a los citados autores nos remitimos, haciendo un resumen de su estudio.

EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL DEL PROFESIONAL SANITARIO.

INTRODUCCIÓN GENERAL AL SEGURO DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

En el **concepto** legal de seguro de responsabilidad civil, según el art. 73 de la Ley 50/1980 del 8 de octubre del Contrato de Seguro (L.C.S.), *el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho*, definición que requiere un análisis pormenorizado.

Cuando refiere que “*el riesgo es el nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero*” no dice la Ley cuál deba ser el origen de la obligación y, por tanto, podrá provenir de cualquier causa, tanto del incumplimiento o de la defectuosa realización de un contrato (responsabilidad civil contractual), como de la infracción del principio general de no dañar a otro (responsabilidad civil extracontractual), como de la comisión de un delito o falta (responsabilidad civil delictual). El seguro sólo cubre la responsabilidad civil nacida de actos imprudentes, pero no aquellos casos en los que el asegurado responde de un acto doloso, según la L.C.S. en sus arts. 76 y 79.

La obligación de indemnizar debe ser a cargo del asegurado, lo que plantea especiales problemas en los casos de trabajo en equipo, en los que no siempre es posible determinar con claridad quién ha causado el daño y, por consiguiente, a cargo de quién está la obligación de resarcirlo. La dificultad es, sin embargo, más aparente

que real, puesto que una jurisprudencia muy reiterada, basada en el designio de facilitar las reclamaciones de los perjudicados, viene a establecer la responsabilidad solidaria de todos los participantes en la causación del daño (es decir, frente al perjudicado responden todos). Y por otro lado, que la obligación de indemnizar sea a cargo del asegurado no quiere necesariamente decir que tenga que haber sido él precisamente el causante del daño, ya que la responsabilidad civil no deriva sólo de hechos propios, sino también de hechos ajenos, como los que realizan aquellas personas de las que el asegurado responde, especialmente los auxiliares, e incluso por lo que se ha venido a llamar daños causados por las cosas, por el material, el mobiliario o los dispositivos que el médico maneja y de cuyo funcionamiento responde.

La obligación ha de consistir en indemnizar, que abarca única y exclusivamente la obligación de reparar el daño causado, no extendiéndose a la responsabilidad penal.

El acreedor de la indemnización tiene que ser un tercero, ya sea el paciente o sus herederos.

La indemnización debe provenir de un hecho previsto en el contrato, lo que obliga, ya que de responsabilidad derivada del ejercicio de la profesión médica se trata, a delimitar el contenido de la relación médico-paciente y de las obligaciones que de ella surgen para el médico.

Según la definición del contrato de seguro de responsabilidad civil y sus características, surgirá la responsabilidad profesional del médico cuando en el cumplimiento de sus obligaciones haya violado sus obligaciones, tanto deriven de un

contrato con el paciente, como de la asistencia que está obligado a prestar en el desempeño de un puesto de trabajo público o privado. Estas obligaciones se describen en la paradigmática S.T.S. de la Sala de lo Civil de 25/04/1994, que describe los siguientes deberes que debe cumplir el médico:

“A.- Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, como recogen, entre otras, las Sentencias de 7 de febrero y 26 de junio de 1989, 11 de marzo de 1991 y 23 de marzo de 1993, la actuación del médico se rija por la denominada lex artis ad hoc, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos, -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones del mayor esfuerzo.

B.- Informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que el mismo, especialmente si éste es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado.

C.- Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y

D.- En los supuestos - no infrecuentes - de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia.”

Destaca pues el T.S. las siguientes obligaciones: la sujeción a la *lex artis ad hoc*, la obligación de actualización de conocimientos y de medios, la obligación de continuidad de los cuidados y la obligación de información.

En orden de aplicación, los **documentos relacionados con el seguro de responsabilidad civil** son los siguientes:

1. La declaración de voluntad que el profesional sanitario realiza por escrito a una entidad aseguradora, manifestándole su voluntad de querer concertar un seguro y manifestándole todas las circunstancias del riesgo que pretende asegurar. Se denomina ***solicitud del seguro***, de única función informativa y no vinculante para las partes, según la L.C.S. en su art. 6.

2. La oferta del asegurador, normalmente formulada por escrito al profesional sanitario y precisando la cobertura que se ofrece y el precio de la misma. Se llama ***proposición del seguro***, .proposición que obliga al asegurador a contratar el seguro en esas condiciones, siempre y cuando el tomador acepte su oferta en el plazo de 15 días, establecido en la L.C.S. en su art. 6. Ahora bien, el profesional sanitario no

está obligado en modo alguno a aceptar el seguro propuesto e incluso, una vez realizado ya el contrato de seguro, el art. 8 de la L.C.S. dice que si existen divergencias entre la proposición de la compañía y la póliza de seguro cuando ésta se emita y entregue al profesional sanitario, éste tiene derecho en el plazo de un mes a reclamar a la compañía que se subsanen.

3. El **documento de cobertura provisional** es el escrito que entrega el asegurador al tomador del seguro de forma provisional, en tanto en cuanto redacta la póliza definitiva. Es decir, para aquellos casos en que el asegurador no ha podido confeccionar la póliza definitiva, esta se sustituye por un documento provisional con el contenido mínimo del contrato. A los documentos de cobertura provisional se les denomina también nota, resguardo provisional o carta de garantía.

4. El documento fundamental del seguro de responsabilidad civil profesional es la póliza. Podemos definir la **póliza del seguro** como aquel conjunto de documentos escritos de naturaleza probatoria que suscriben las partes incluyendo las condiciones del contrato y los derechos y obligaciones pactados. Es decir, se trata de una serie de documentos escritos en los cuales aparece detallado el contenido del seguro convenido por el profesional sanitario y la entidad aseguradora. Su principal valor es el de ser prueba de los acuerdos alcanzados por las partes, siendo documento probatorio o justificativo del contrato, a menudo, sumamente detallado. Para evitar dudas en cuanto a las condiciones pactadas, en aras de alcanzar seguridad jurídica, el art. 5 de la L.C.S. impone que se formalize por escrito, para que tenga validez y genere derechos y obligaciones para las partes, es decir, es un contrato formal. Además, la legislación española somete los modelos de pólizas de las entidades a la supervisión y control de la Dirección General de Seguros (organismo

dependiente del Ministerio de Economía y Hacienda), de forma que la Administración podrá considerar nula cualquiera de sus cláusulas.

Junto a esta función probatoria, desde el punto de vista jurídico, las pólizas tienen un efecto legitimador de los derechos y obligaciones de las partes y una función normativa de primer orden, ya que las cláusulas incluidas en la póliza, siempre que no vayan contra la Ley, la moral y las buenas costumbres, tendrán fuerza de Ley entre las partes, de manera que lo estipulado en ella será de obligado cumplimiento por las mismas. Si alguna incumple lo pactado, la otra podrá exigir su cumplimiento ante los tribunales como si se tratase de un mandato establecido en una Ley.

El **contenido mínimo de la póliza de seguros** viene estipulado en el art. 8 de la Ley del Contrato de Seguro:

a) *"Nombre y apellidos o denominación social de las partes contratantes y su domicilio, así como la designación del asegurado y beneficiario en su caso"*, es decir, datos personales que identifiquen a las partes contratantes, tanto a la entidad aseguradora como al asegurado o tomador (el médico, la clínica, el hospital, etc.).

b) *"El concepto en el cual se asegura"*, o sea, si el tomador del seguro lo hace por cuenta propia, es decir, siendo el titular del interés asegurado y coincidiendo asegurado y tomador en una misma persona, o por cuenta ajena, esto es, cuando asegurador y tomador son personas distintas, no siendo éste sino aquél el titular del interés asegurado. Por ejemplo, supongamos que un Colegio de Médicos decide suscribir un seguro que ampare la responsabilidad civil profesional de todos sus colegiados. Pues bien, dicho Colegio será el tomador del seguro y los médicos colegiados los asegurados. Se trata de un seguro suscrito por cuenta ajena, pues el Colegio no hace el seguro para sí mismo, sino para sus colegiados. Si por el contrario,

los médicos directamente suscriben el seguro, entonces ellos mismos serán tanto los tomadores de la póliza como los asegurados. En este segundo supuesto suscribirían el seguro por cuenta propia.

c) "*Naturaleza del riesgo cubierto*". Deberá especificarse en la póliza que el riesgo cubierto es precisamente la responsabilidad civil profesional del asegurado.

d) "*Designación de los objetos asegurados y de su situación*". Deberá describirse exactamente la actividad del asegurado. Por ejemplo, si se trata de un ginecólogo que trabaja exclusivamente en la sanidad privada.

e) "*Suma asegurada o alcance de la cobertura*". Es muy importante saber cual es la suma asegurada y el alcance de la posible indemnización. En responsabilidad civil profesional los capitales asegurados suelen ser de 25, 50 ó 100 millones de pesetas, en función, claro está, de las necesidades del profesional y de lo que haya pactado con la aseguradora.

f) "*Importe de la prima, recargos e impuestos*", en forma de cuantía económica.

g) "*Vencimiento de la primas, lugar y forma de pagar*". Además debe figurar el día en que deben ser pagadas por el tomador, así como el lugar y la forma de pago.

h) "*Duración del contrato, con expresión del día y la hora que comienza y terminan su efecto*". Se refiere al espacio temporal en que estará vigente el contrato, esto es, la fecha de comienzo y término de su duración. De enorme importancia, dado que puede ocurrir que las fechas de ocurrencia (acto médico en el que se cometió algún error), de manifestación del daño (se presentan trastornos en el paciente), y de reclamación (el paciente decide reclamar al médico), pueden ser muy distante en el tiempo.

i) "*Nombre del agente o agentes en caso de que intervenga en el contrato*" o identificación del mediador de seguros (agente o corredor).

j) Así mismo, en los casos en que la entidad aseguradora sea una mutualidad, se deberá incluir en la póliza los estatutos de la misma, y en este caso, el asegurado además de tal, adquiere la condición de mutualista, pasando a formar parte de la propia mutua.

k) Por último, y cuando se trate de una póliza colectiva, por ejemplo las suscritas por un colegio profesional de médicos, cada médico asegurado deberá recibir un certificado individual de seguro que acredite su pertenencia a la póliza colectiva.

En términos generales, el contenido y la forma de las pólizas de seguro debe ajustarse a los requisitos establecidos por el art. 3 de la L.C.S.: *nunca podrán tener carácter lesivo para los asegurados; han de ser redactadas de forma clara y precisa; se deberán destacar de modo especial las cláusulas limitativas, que, además, deberán ser específicamente aceptadas por escrito; y deberán estar sometidas a la vigilancia de la Administración Pública (Dirección General de Seguros).*

Dentro de la póliza, se distinguen varios tipos de **condiciones**: particulares, generales, especiales y ocasionalmente apéndices o suplementos.

En las condiciones particulares se reflejan los datos relativos a la entidad aseguradora (logotipo, nombre de la entidad, domicilio social, número de identificación fiscal, etc.) y al profesional sanitario. Se incluye la descripción de la actividad asegurada (ej. la práctica de la especialidad de ginecología en centro privado), el capital asegurado (ej. 100 millones), las coberturas contratadas, exclusiones principales y la delimitación temporal. Básicamente, se incluyen todos los aspectos que debe contemplar la póliza.

Las condiciones generales normalmente suelen ser las cláusulas que regulan con carácter general todas las pólizas del mismo tipo, es decir, de responsabilidad civil profesional.

Y, dentro de las condiciones especiales, en la mayoría de los casos se incluyen todas las cláusulas que la entidad aseguradora ha diseñado específicamente para dar cobertura de responsabilidad civil a un profesional de la sanidad. Incluso algunas entidades realizan condicionados especiales diferenciados por situaciones profesionales concretas (ej. condicionados para médicos que trabajan en la sanidad privada, pública, mixta; condicionados especiales para odontoestomatólogos, diplomados en enfermería, para especialidades médicas concretas -ginecología y obstetricia, medicina interna, traumatología- etc.). Quedan establecidos el objeto del seguro, los riesgos cubiertos, las exclusiones de cobertura, la delimitación temporal y la tramitación de siniestros. Todos los condicionados especiales de responsabilidad civil profesional incluyen dentro del seguro la responsabilidad civil derivada de culpa o negligencia, con independencia de su naturaleza contractual, extracontractual o cuasi contractual.

Si existiera divergencia entre el contenido de las condiciones generales y el contenido de las condiciones especiales, siempre prevalece el contenido de las últimas, pero en lo no regulado por el condicionado especial, habrá que estar al contenido del condicionado general.

Los apéndices o suplementos son documentos firmados de mutuo acuerdo entre las partes con la intención de modificar la póliza suscrita con anterioridad.

Tradicionalmente, por la **forma** de contratación, las pólizas de seguro se clasifican en individuales y colectivas.

Las **pólizas individuales**, como su nombre indica, son suscritas por el profesional sanitario de forma individualizada. Cualquier médico, por ejemplo, si acude a una entidad aseguradora o a un mediador de seguros, puede solicitar una póliza individual que cubra su responsabilidad civil profesional. La Compañía Aseguradora le hará entrega de la documentación contractual, debiendo, lógicamente, realizar el pago de la prima correspondiente.

Ahora bien, en el sector sanitario, es muy frecuente que las **pólizas** sean previamente gestionadas por un ente de naturaleza **colectiva**, pasando a formar parte de la póliza los profesionales individualizadamente mediante un procedimiento de adhesión a la misma. Es el caso de las pólizas gestionadas (tomadas) por los Colegios de Médicos, las asociaciones de especialidades, las clínicas u hospitales, etc.

Las pólizas contratadas por cualquiera de estos organismos tienen la consideración de colectivas. Una vez emitida la póliza colectiva, actuando de tomador, por ejemplo, un Colegio de Médicos, los profesionales quedarán asegurados mediante alguno de estos procedimientos de adhesión: *automático*, la prima es pagada directamente por el colegio profesional tomador de la misma, adquiriendo la condición de asegurados automáticamente todos los médicos que se encuentren colegiados y al corriente de pago de sus cuotas colegiales; *individualizado*, supone la contratación por parte del colegio profesional de una póliza concreta, cuyas condiciones han sido pactadas previamente, pero para adquirir la condición de asegurado, cada médico colegiado debe comunicar su intención de adherirse a la póliza, pagando la prima

correspondiente de forma individualizada; y sistema *mixto* que se produce en aquellos casos en que determinadas coberturas son de suscripción automática, y el resto de coberturas de suscripción individualizada.

Cuando se trata de pólizas colectivas, sea cual sea el mecanismo de adhesión, se suele emitir una única póliza, que queda en depósito en el domicilio o sede social del tomador de la misma (por ejemplo: el Colegio de Médicos) y a cada asegurado se le hace entrega de un certificado individual de seguro o boletín de adhesión. Este documento, de estructura similar a los condicionados particulares de las pólizas individuales, acredita que el profesional en cuestión queda amparado por la póliza colectiva.

Existen una serie de **conceptos clave**, que entendemos deben ser aclarados para conocer en su integridad los seguros de responsabilidad civil.

Una de las características del contrato de seguro es la de ser oneroso, lo que implica que debe pagarse un precio por la cobertura del riesgo que asume el asegurador. La **prima** o precio del seguro, es la contraprestación que ha de satisfacer el profesional sanitario a la entidad aseguradora, para que ésta asuma las eventuales consecuencias económicamente desfavorables del acaecimiento de los riesgos objeto de seguro. Esta condición jurídica de la obligatoriedad de la existencia de un precio, viene de hecho reconocida por la L.C.S., cuando, en su artículo primero, señala que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima, a efectuar las prestaciones que se determinan en la póliza. Existen diversos tipos de primas según el criterio de clasificación adoptado.

Considerando los componentes de las primas, podemos distinguir: **prima**

pura que corresponde exactamente al importe que debe cobrar el asegurador por aceptar las consecuencias del riesgo que le es transferido en cada caso; **prima de inventario** que corresponde a la prima pura incrementada con un recargo para atender a los gastos de administración; **prima neta o de tarifa** entendida como la prima de inventario incrementada con un recargo para atender a los gastos de gestión externa; y **prima total** es la prima de tarifa, incrementada con recargos complementarios (impuestos, recargo a favor del Consorcio de Compensación de Seguros, Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, etc.).

En base al modo de pago, tenemos la **prima única** o aquella que se satisface totalmente con un único pago y la **prima periódica** que se satisface periódicamente dentro de los plazos previstos para la duración del seguro. Además puede ser **prima fraccionada** responde a un fraccionamiento de la prima calculada en períodos anuales pero liquidada en pagos periódicos más reducidos (semestral, trimestral o mensual) o **prima fraccionaria**, calculada para un período de tiempo inferior al año, durante el cual tiene vigencia el seguro.

La **suma asegurada** podemos definirla como la cuantía máxima que el asegurador pagará en caso de siniestro; y la **franquicia** puede definirse como la parte del capital asegurado, y, consiguientemente, de la indemnización en caso de siniestro, que ocurre a cuenta del asegurado. Existen distintos tipos de franquicias, porcentuales, fijas y mixtas.

El contrato de seguro es un contrato de duración, en el que se produce una relación jurídica de las denominadas continuas, duraderas o de tracto sucesivo, característica esencial que supone la necesidad de fijar en los mismos su duración,

surgiendo así el concepto de **ámbito de cobertura temporal** de la póliza de seguro como aquel espacio de tiempo en que el contrato se encuentra vigente y surte efectos para las partes, básicamente, la cobertura del siniestro.

La duración del contrato de seguro, por imperativo del art. 22 de la L.C.S., será la que se fije en las condiciones particulares, no pudiendo extenderse a más de diez años (excepto para los seguros de personas), si bien podrá prorrogarse una o más veces por períodos de un año cada vez. Normalmente, en los seguros de responsabilidad civil profesional el plazo de duración suele ser de un año, no obstante, nada impide que se establezca un plazo inferior o superior, en este último caso, con la única limitación de diez años tal y como acabamos de ver.

Ahora bien, cuestión muy relacionada pero bien distinta a la duración del contrato de seguro es la denominada **delimitación temporal** de la póliza, entendida ésta como el período de tiempo durante el cual despliega sus efectos y, en consecuencia, es origen de obligaciones y derechos para las partes contratantes. La norma general de la mayoría de los contratos de seguro es que el siniestro estará cubierto cuando este ocurra dentro de la vigencia o duración del contrato. Y es que en los seguros de responsabilidad civil de profesionales de la sanidad podemos distinguir tres momentos distintos, generalmente sucesivos: **la causa del siniestro**, hecho u omisión que constituye el error profesional del que se deriva una responsabilidad civil para el profesional sanitario; **el daño derivado de ese error**, entendiendo como la manifestación de esa acción u omisión que causa un perjuicio en el paciente; y **la reclamación del perjudicado**, o acción que ejercita el paciente solicitando la reparación (indemnización) del daño producido.

La elección de uno u otro hace que podamos hablar de varios criterios de

delimitación temporal:

a) Criterio de ocurrencia (también denominado por la doctrina criterio de la acción; siniestro es igual a acto/omisión), quedando cubiertos todos los actos médicos (siniestro = acto médico) que generasen responsabilidad civil y ocurridos durante la vigencia de la póliza.

b) Criterio de reclamación (cláusula claims made), cubiertas las reclamaciones recibidas durante la vigencia de la póliza (siniestro = reclamación), con independencia de cuando se produjo la acción u omisión errónea, y de cuando se haya manifestado el daño para el paciente.

c) Criterio del daño, que cubriría todos aquellos siniestros cuyos daños o perjuicios sobrevengan o se manifiesten estando en vigor el contrato, con independencia de la fecha de ocurrencia del acto médico y de la reclamación. Casi nunca adoptado por las pólizas de seguro de responsabilidad civil profesional.

Los criterios de delimitación temporal antes expuestos pueden aparecer en las pólizas de forma amplia o restrictiva, según o no tengan delimitación temporal, que vendrá especificada en las correspondientes cláusulas de delimitación temporal, cuya regulación legal se contempla en el art. 73 de la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados (Ley 30/1995, de 8 de noviembre), pudiendo limitar los efectos las pólizas mediante un año de cobertura posterior o retroactiva respectivamente. Naturalmente, cualquier póliza que incluya una cláusula que contemple plazos más reducidos será nula, ya que se consideraría lesiva para los intereses de los asegurados, salvo que el contrato de seguro tenga la consideración de grandes riesgos, en cuyo caso, las partes podrán pactar libremente el contenido de estas cláusulas.

Por último, quisiéramos hacer constar que las compañías aseguradoras,

independientemente del criterio de delimitación temporal (ocurrencia o reclamación), salvo cláusulas muy especiales, siempre responderán de los siniestros que ocurran y se reclamen dentro del plazo de vigencia del seguro.

CONTENIDO DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.

A continuación revisaremos las garantías que las entidades suelen incluir en las pólizas de responsabilidad civil profesional, coberturas y exclusiones más frecuentemente aceptadas.

1.- Responsabilidad civil profesional.

Mediante esta cobertura se garantiza la responsabilidad profesional en que puede incurrir el médico, el personal de enfermería y demás auxiliares por los daños causados tanto a pacientes como a terceros derivados de errores u omisiones cometidos en el desarrollo de su profesión, siendo esencial la necesidad de relación causal entre el daño causado y la profesión del asegurado.

Las coberturas más frecuentes son “errores u omisiones de diagnóstico; errores u omisiones en la información a pacientes, familiares o autoridad judicial en su caso sobre las consecuencias de un tratamiento o enfermedad (ausencia de consentimiento informado); errores u omisiones de tratamiento, consultas, visitas o informes; intervenciones quirúrgicas; asistencias en urgencias; actuaciones como peritos; y actuaciones docentes, congresos o seminarios”.

Quedan normalmente excluidas: “actuaciones dolosas, intencionadas; actuaciones contrarias a la deontología profesional, transgrediendo las normas legales, éticas o profesionales exigibles en la práctica asistencial desarrollada por el

profesional sanitario; y ensayos clínicos o experimentos no autorizados”.

No obstante, conviene recordar que en este tipo de garantías lo que no esté excluido expresamente está incluido, aunque no figure en la relación de riesgos cubiertos.

2.- Responsabilidad civil general y de explotación.

En muchas ocasiones, con motivo del desarrollo de la actividad del profesional sanitario, puede suceder que se generen determinadas responsabilidades de tipo extracontractual, ajenas al acto médico mismo, pero relacionadas directamente con él. Estos supuestos entran dentro de la responsabilidad civil de explotación, según la cual quedarían amparados todos los actos u omisiones que generen responsabilidad civil para con un tercero con motivo de la explotación de la profesión del asegurado, ya sea un profesional independiente o un centro de actividad sanitaria.

Las coberturas más frecuentes correspondientes a esta cobertura son: “propiedad, arrendamiento o usufructo de inmuebles destinados a consulta; errores en la organización del centro de trabajo (consulta); arrendamiento de quirófanos, camas, habitaciones y demás instalaciones de un hospital, clínica o centro asistencial; y responsabilidad derivada del personal a su servicio (médicos, personal de enfermería, auxiliares no facultativos con contratación laboral)”.

Y habitualmente quedan excluidas: “actuaciones dolosas o intencionadas; multas, penalizaciones o sanciones; responsabilidades que sean objeto de pólizas de seguro obligatorio (Rayos X, vehículos); y actuaciones contrarias a la deontología profesional, transgrediendo las normas legales, éticas o profesionales exigibles en la

práctica asistencial desarrollada por el profesional sanitario”.

3.- Responsabilidad civil patronal.

En aquellos casos en que el profesional sanitario tiene otros profesionales contratados laboralmente, puede resultar responsable de las lesiones que éstos sufran con motivo del desempeño de su trabajo. Pues bien, esta responsabilidad puede cubrirse también por la póliza de responsabilidad civil profesional mediante la cobertura denominada responsabilidad civil patronal, según la cual, quedará cubierta la responsabilidad del empleador derivada de las lesiones que sufran los trabajadores empleados con motivo del desarrollo de su actividad laboral.

Normalmente suele estar excluida de cobertura la responsabilidad civil derivada de actos que produzcan daños materiales, las sanciones o multas laborales por incumplimiento de normativa laboral y las enfermedades profesionales no consideradas accidente laboral.

4.- Inhabilitación profesional.

Recientemente las entidades aseguradoras han comenzado a ofertar una cobertura para casos en que los profesionales sean condenados por sentencia firme ante la Jurisdicción Penal o Administrativa con inhabilitación profesional (prohibición del ejercicio profesional, ej, S.T.S. Sala de lo Penal, 22/01/1999), consistente en el abono al profesional de una determinada cantidad de dinero al mes durante el tiempo que dure la inhabilitación, dado que al no poder ejercer su profesión, no percibirá ingresos. Generalmente, la cobertura suele estar limitada en cuanto a su cuantía máxima se refiere, y en cuanto a su extensión en el tiempo.

5.- Defensa jurídica.

El art. 74 de la L.C.S. incluye obligatoriamente para todas las modalidades de seguro de responsabilidad civil la cobertura de defensa jurídica, que constituye tanto una obligación como un derecho por parte de la compañía aseguradora, salvo pacto en contrario, y lo es tanto en el caso de reclamaciones fundadas como infundadas y tanto si la cantidad reclamada por el tercero excede o no llega a la suma asegurada.

En principio, la actividad de defensa que asume la compañía aseguradora es total e incluye la designación de abogados y procuradores (generalmente especializados en derecho sanitario), y el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, debiendo el asegurado prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador. En los casos de procedimiento penal la cuestión fundamental del litigio no es sólo la cuantía de la responsabilidad, sino la imposición de una pena, es decir, se trata ante todo de responsabilidad personal más que de pura suma asegurada, prevaleciendo en estas situaciones el derecho a la defensa individual sobre los intereses del seguro.

Si coinciden en compañía aseguradora reclamante y asegurado, la compañía debe comunicar este hecho inmediatamente al asegurado, sin perjuicio de realizar aquellas diligencias que, por su carácter urgente, sean necesarias para la defensa, pudiendo optar el asegurado entre el mantenimiento de la dirección jurídica por el asegurador o confiar su propia defensa a otra persona y, en este caso, el asegurador quedará obligado a abonar los gastos de tal dirección jurídica hasta el límite pactado en la póliza, según el art. 74 de la Ley del Contrato del Seguro.

6.- Cobertura de contra-demanda.

El incremento de reclamaciones junto con el elevadísimo porcentaje de resoluciones desestimatorias, es decir, de reclamaciones infundadas, unido a la larga tramitación de los procesos, con su carga de desprestigio para el profesional que lo sufre (sometido a la denominada pena de banquillo), han llevado a estudiar la posibilidad de suscribir pólizas de seguro que amparen las denominadas contradenuncias, esto es, el ejercicio de acciones contra quienes hayan promovido un procedimiento en contra de un facultativo finalmente absuelto.

Las acciones jurisdiccionales que podrían intentarse contra la acusación particular podrían basarse en el delito de acusación y denuncias falsas del art. 456 del C.P., o bien por los delitos de calumnia o injuria en los arts. 205 y 208 del Código vigente. Y en el campo civil, podrían ejercitarse acciones al amparo de la L.O. 1/1982, de 5 de Mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

a) Por lo que se refiere al **delito de acusación o denuncia falsa**, el art. 456 del C.P. castiga *“a los que, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, imputaren a algunas personas hechos, que, de ser ciertos, constituirían infracción penal, si esta imputación se hiciera ante funcionario judicial o administrativo que tenga el deber de proceder a su averiguación”*.

Añade el Código que *“no podrá procederse contra el denunciante o acusador sino tras Sentencia o Auto firme de sobreseimiento o archivo del Juez o Tribunal que ha conocido de la infracción imputada, que mandarán proceder de oficio contra el denunciante o acusador siempre que de la causa principal resulten indicios bastantes de la falsedad de la imputación, sin perjuicio de que el hecho pueda también perseguirse previa denuncia del*

ofendido”.

La jurisprudencia del T.S. ha considerado que para apreciar el delito de acusación o denuncia falsa se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos:

1º.- Una imputación precisa y categórica de hechos muy concretos y dirigida contra una persona determinada.

2º.- Que tales hechos, de ser ciertos, constituirían infracción penal.

3º.- Que la imputación sea falsa.

4º.- Que la denuncia se presente ante una autoridad judicial o administrativa que deba proceder a su investigación.

5º.- Que exista intención delictiva, es decir, que la acusación o denuncia se haya realizado con temeridad o mala fe por parte del denunciante.

Por tanto, no existirá delito cuando la denuncia se realice de buena fe, aunque erróneamente. Exige temeridad o mala fe, entendida como dolo o culpa procesal, y es esta última circunstancia, que exige un específico dolo o intención de perjudicar con la tramitación del proceso penal, la que da al traste con las posibilidades de éxito de la contradenuncia, puesto que habría que demostrar que el fin perseguido con la acusación no es simplemente el de iniciar un proceso, sino precisamente el de perjudicar al denunciado imputándole hechos falsos.

No obstante, una S.T.S., de 13 de Febrero de 1997, considera que el acusador particular puede ver abierto un proceso contra él por acusación falsa, pero también puede ser sancionado con la imposición de las costas procesales por su imputación temeraria o su acusación sin fundamento y lo condena en costas al apreciar temeridad o mala fe, pero ello sólo en cuanto a la actitud procesal de la parte,

a la carencia de fundamento de la imputación, pero no a la falsedad de los hechos ni a la intención de perjudicar.

b) Los **delitos de calumnia e injuria** son delitos contra el honor. Se entiende por *calumnia la imputación de un hecho hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad* (art. 205 del C.P.) y es *injuria la acción o expresión que lesione gravemente la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación* (art. 208). Al regular la injuria, el art. 208 del C.P. añade que *“las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad”*.

Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo tiene declarado que el simple hecho de denunciar un determinado comportamiento no puede en principio ser constitutivo de delito de calumnia, salvo que en ella quede acreditado el ánimo de calumniar, que nada tiene que ver con el ejercicio legítimo del derecho o el cumplimiento del deber de denunciar. Estos derechos y deberes corresponden a cualquier persona, se confirme o no después la existencia del delito. Y quien denuncia la posible existencia de un delito, o quien pone en conocimiento de la autoridad determinadas circunstancias, aunque objetivamente deshonren, desprecien o menosprecien a una persona, salvo que se probara que el fin de la acción no fue el de denunciar sino el de ofender o atentar a su conceptualización, no comete en modo alguno delito de injurias.

Por consiguiente, si de los antecedentes no puede deducirse de ninguna forma este específico ánimo de atentar al honor de los denunciados, no es posible ejercitar con posibilidad de éxito la denuncia por delito de calumnia o injuria contra la

acusación particular.

c) Por su parte, la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del **derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen** defiende estos bienes jurídicos frente a todo género de intromisiones ilegítimas, entendiéndose por tales *”la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”* (art. 7.7). Se exige por tanto una divulgación que no puede entenderse producida por la simple presentación de una denuncia o querrela, puesto que divulgar consiste en publicar, extender o poner al alcance del público una cosa, acción que no puede entenderse cometida por la redacción del escrito de denuncia o querrela cuyo destinatario es exclusivamente la autoridad judicial.

Desde el punto de vista jurídico las diversas posibilidades de éxito de la contradenuncia son muy limitadas y, por tanto, no está incluida en la defensa jurídica de las pólizas de responsabilidad civil profesional. Cuestión distinta es si el conocimiento de la existencia de la póliza de contradenuncia podría tener efectos disuasorios para las reclamaciones infundadas.

EL SEGURO ANTE LA JURISPRUDENCIA.

Existen variadas situaciones que crean conflictividad judicial con origen en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, aunque el T.S. tras sentencias reiteradas que interpretan y aplican la Ley sustantiva ha creado jurisprudencia para tratar de solucionar los conflictos que puedan suscitarse. Entre estas situaciones consideraremos las más frecuentes.

Al hilo del ejercicio de una acción de repetición, es decir, aquella mediante la que la Compañía aseguradora reclama al tomador del seguro las indemnizaciones

que ha satisfecho, el T.S., en S.T.S. Sala de lo Civil 29/10/1997, afirma que *las relaciones nacidas del seguro se rigen, siempre y en todo caso, por lo que resulte de la póliza; sostiene que la Ley del Contrato de Seguro es exigente al imponer la fórmula escrita al contrato y sus modificaciones, de forma que la fuente de los derechos y obligaciones de asegurador y tomador es la póliza debidamente formalizada, contra la que no cabe oponer otros documentos producidos por error material, como un recibo de prima emitido equivocadamente.* Análoga doctrina, en la Sentencia de la misma Sala de 24/05/1988, 1/06/1987, y en las de la Sala de lo Penal de 18/09/1986 y 1/06/1987.

Ante las dudas a la hora de interpretar las cláusulas del contrato, el Tribunal acude a su doctrina que proclama que en materia de seguros, como en general de los contratos de adhesión, en los problemas interpretativos ha de optarse por la interpretación más favorable al asegurado (principio *in dubio pro asegurado*), doctrina seguida en SS.T.S. 27/11/1991, 15/03/1949, 11/06/1966, 23/10/1980, 12/05/1983 y 18/07/1988.

Una jurisprudencia muy firme concluye que todas aquellas cláusulas que, aunque permitidas por la Ley, supongan un límite a los derechos del asegurado, señaladamente en cuanto a la cobertura del riesgo amparado por la póliza, deben ser específica y expresamente aceptadas y firmadas por el asegurado. Doctrina seguida en SS.T.S. Sala de lo Civil 29/01/1996, 07/02/1992, 08/03/1990, 26/05/1989, 31/05/1988, 04/06/1988, 09/06/1988 y 23/12/1988.

Sin embargo, cuando el seguro es colectivo, las cláusulas limitativas son válidas si fueron suscritas por el tomador del seguro ya que el asegurado,

naturalmente, no suscribe la póliza, pero recibe su certificado de seguro en el que constan como condiciones generales tales cláusulas limitativas. Doctrina seguida en SS.T.S., Sala de lo Civil de 21/06/1994 y 14/06/1994.

Y en relación a la delimitación temporal de la cobertura, las SS.T.S. de la Sala de lo Civil de 20/03/1991 y 23/04/1992, declararon que estaban cubiertos por las pólizas de seguros dos siniestros comunicados a la compañía aseguradora con posterioridad a la expiración de la póliza aunque ocurridos durante su vigencia. No obstante, de esta jurisprudencia no puede sin más seguirse que todas las reclamaciones tendrán cobertura siempre que el acto médico se haya producido durante la vigencia de una póliza. Por el contrario, la mayoría de los autores consideran válidas las cláusulas basadas en la reclamación entendiéndolo que no limitan, sino que definen o delimitan el riesgo asegurado.

II.D.2. MEDIDAS RESOLUTIVAS.

Siguiendo a HERNÁNDEZ MORENO (2002), cuando surge un problema de responsabilidad por malpraxis médica, la Administración, la Justicia, y, en definitiva, la sociedad, de modo invariable demandan o exigen que trate de evitarse en el futuro y, por otra parte, paliar y aliviar el perjuicio ocurrido (ya que no se puede resolver) dando explicaciones y satisfacciones a los dañados, informando y explicando toda clase de circunstancias concurrentes determinantes o desencadenantes, e indemnizando económicamente el daño causado. Y todo ello con rapidez, equidad y proporcionalidad, cuantificándolo con la mayor exactitud y precisión posible. Y, además, se pone en marcha la posible respuesta punitiva, reprendiendo, amonestando o castigando al posible culpable, como se hace en cualquier otra actividad cuando se actúa con falta o negligencia.

La reparación del problema de responsabilidad por malpraxis médica, se puede lograr por dos caminos o vías, la judicial y la extrajudicial.

II.D.2.1. La **VÍA JUDICIAL**, por agravio, es la que habitualmente se sigue en nuestro país y en la mayoría de países de nuestro entorno, de la cual en modo alguno puede prescindirse, ya que en todo caso **marca los criterios, tendencias y pautas a seguir**, y, por otra parte, **asegura que se observen los preceptos legales, inviolables, de la responsabilidad civil y penal**. Dentro de ella puede seguirse la jurisdicción penal, civil, administrativa y social, tratadas ampliamente en diversos capítulos previos de nuestra exposición, y para evitar reiteraciones tediosas, a ellos nos remitimos.

Esta vía judicial presenta los siguientes **problemas e inconvenientes**:

- **la lentitud** de las actuaciones (con dificultad para la remisión de los datos que se solicitan por parte de los Organismos Sanitarios, pidiéndose y alegando lo que es necesario y lo que no lo es), y, como consecuencia de este largo y complicado proceso, ocurre un **enconamiento progresivo de las partes** y la tendencia a reforzar las posiciones de cada una de ellas.

- **frialdad y falta de discreción y reserva**, o a veces la divulgación, difusión y filtraciones de lo contenido en las actuaciones, con juicios de valor e interpretaciones gratuitas de los hechos.

- **falta de elasticidad** por el corsé de la ley y la rigidez en la máquina de la Justicia, que es tardía, pero tras ponerse en marcha, imparable.

- **la falta de un buen asesoramiento médico**. Nadie tiene que decir cosas tan importantes en estos asuntos como el médico implicado, y por lo general no dice nada. Además, la falta de explicación del médico es por sí misma, en ocasiones, un importante error por omisión, pues en casos de resultados desproporcionados, aunque la praxis haya sido correcta, opera la inversión de la carga de la prueba y el denunciado debe preocuparse de dejar evidente lo correcto de su actuación, y el no hacerlo puede repercutir directamente contra él.

- **la desasistencia inicial del médico por los abogados** de los Colegios profesionales o de las compañías aseguradoras motiva errores de actitudes y comportamiento que pueden ser perjudiciales, a veces de modo definitivo, para el resultado final. Muchas veces se sacrifica al médico en espera de informes del forense o de las decisiones del Juez para poder tener una orientación previa.

- **dificultad para ejercitar otras vías** (la administrativa por más complicada y la civil por ser más cara) cuando no ha prosperado la vía penal, que con gran frecuencia se utiliza como ensayo o sonda para averiguar las posibilidades existentes. Ello supone una ventaja para el médico y la Administración, y una desventaja importante y freno (o trampa) para el demandante, que en muchas

ocasiones “tira la toalla”. Esto por una parte evita abusos y denuncias infundadas, mas por otra deja indefensos a personas que tienen razón, y conduce a que a veces no prosperen indemnizaciones que debieran haberse conseguido.

- finalmente, **el descrédito del médico o la “pena de banquillo”** son consecuencia lógica de estas deficiencias de la vía judicial que señalamos.

II.D.2.2. Y una **VÍA ALTERNATIVA EXTRAJUDICIAL**, que busca fórmulas o actuaciones que puedan ser menos traumatizantes para el médico y, a ser posible, más beneficiosas y útiles para los perjudicados, métodos más elásticos, sin la rigidez de la ley y de la norma y que, aún respetando siempre éstas, estén basadas más bien en hablar, explicar, comprender, admitir, y por otra parte compensar e indemnizar, luchando contra el círculo cerrado: malpraxis o mal resultado obtenido → descrédito y posible indemnización personal → medicina defensiva (más exploraciones, más desviación de enfermos y rechazo de enfermos de riesgo, más listas de espera, más encarecimiento de la medicina, desviación de recursos necesarios para otras asistencias, etc.), lo cual se aproxima o a veces es malpraxis en sí y cierra un círculo vicioso que a toda costa se ha de romper.

Las corrientes actuales van en ese sentido, pues se tiende a criterios de **responsabilidad objetiva basada en el riesgo**, en vez de la clásica “por culpa”, siendo cada vez **más numerosos los casos indemnizables**. Por otra parte, las reclamaciones a la Sanidad Pública por vía judicial tratan de **desviarse a la vía Administrativa**, en la que el criterio de responsabilidad objetiva es la regla. Esta vía es más compleja, difícil, lenta y encorsetada aún que las vías penal, civil o social, por cuanto implican intervención de otras instancias (Administración, Abogacía del Estado o similares en Comunidades Autónomas, etc.) y ello ha hecho hasta ahora más difícil su utilización por los posibles perjudicados, y en consecuencia más necesario buscar

vías alternativas, más fáciles de poner en práctica. Y otra razón en este sentido es la posibilidad que tiene la Administración de repercutir contra los médicos en caso de negligencia o culpa de los mismos, sin que a lo largo del procedimiento éstos hayan podido defenderse, habiendo quedado desprotegidos en el proceso.

Con la vía extrajudicial alternativa se pretende garantizar las indemnizaciones de modo más ágil y satisfactorio y amparar a los profesionales sanitarios:

a) evitando el descrédito del médico y la reacción a ello (la medicina defensiva, cuyo paradigma es mandar al enfermo a otro servicio).

b) indemnizando el mayor número de casos posible.

c) actuando con mayor rapidez y menos burocracia.

d) procurando discreción y secreto en las actuaciones, con lo que se trata de evitar el descrédito del médico y general de la medicina.

e) dándose mayor facilidad y posibilidad de adoptar nuevas posiciones o aptitudes en un momento determinado.

f) lográndose mayor comprensión para los perjudicados o imputados, con más explicaciones e información sobre los derechos de una y otra parte, con lo que se logra más satisfacción y de algún modo “honrar a la víctima”.

g) posibilitando mayor agilidad y elasticidad para la evaluación de las indemnizaciones.

h) abaratando los costes y ajustándolos al incremento del número de casos indemnizables (a base de menos gastos de gestión, el ahorro que supone disminuir la medicina defensiva, indemnizaciones razonables y reguladas o baremadas, tablas de exclusiones, etc.).

i) siempre es una vía más a seguir que descarga secundariamente a los Juzgados y no interfiere la vía judicial, pues esta otra vía siempre es voluntaria.

Para conseguir estos fines, se ha de actuar con otros criterios no exclusiva ni principalmente jurídicos, sino basados en razones sociales, de solidaridad, comprensión, información, etc., con trámites más sencillos y rápidos (desburocratización), basados siempre en seguros de amplia cobertura (que permitan indemnizaciones más ágiles y elásticas) y con más personalización de cada caso, en contra de la frialdad de la vía judicial, afrontando los hechos con claridad, exactitud y naturalidad (partiendo de un correcto y cuidadoso informe médico) y haciendo una buena planificación económica y de reparto de recursos, dirigida principalmente a indemnizar al perjudicado, con reducción de gastos contingentes y medicina defensiva como compensación del incremento de casos indemnizables.

A continuación expondremos los métodos utilizados en otros países de mayor experiencia al nuestro en el modo de afrontar la responsabilidad profesional sanitaria con vías extrajudiciales.

Existen múltiples ensayos en los que siempre late la tendencia a desviarse a criterios de responsabilidad objetiva, aunque de alguna manera matizada, regulada, frenada o controlada.

Y así se impone cada vez con más fuerza el criterio de la “responsabilidad sin falta” (Suecia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Dinamarca, Finlandia, Noruega, EE.UU.) de la que existe una amplia gama de posibilidades y en la cual las víctimas de daños sanitarios deben ser indemnizadas independientemente de que haya existido falta o negligencia. La razón para compensar sería la causa en vez

de la falta, lo que lleva aparejado un número mucho más alto de casos indemnizables, por lo que el coste sería mucho mayor.

En cambio, se pretende eliminar parte del enorme precio que supone la medicina defensiva y, por otra parte, las tasas de indemnización serían más ajustadas (reducidas) y menores los gastos contingentes (letrados, procuradores, informes médicos, etc.), con lo que en parte podría compensarse el incremento de costes que suponen estos procedimientos.

Estos sistemas rigen en **Nueva Zelanda** desde 1974, financiados por distintas procedencias, con muy buenos resultados. Junto con **Suecia** fueron los países pioneros en este tipo de indemnizaciones.

La clave de la compensación económica es un daño o enfermedad que ocurre como consecuencia directa de un examen o tratamiento y que no constituya una complicación inevitable, existiendo unas tablas de exclusiones elaboradas con la asistencia de médicos.

Los resultados de este sistema son eficientes, claros y de coste aceptable, sin que ni un sólo paciente haya apelado a los Tribunales. Su coste es de 2 dólares por ciudadano y año.

En Suecia para poder conseguir estos objetivos se apoyan en un importante seguro fundamentado en el compromiso voluntario de las autoridades sanitarias frente al paciente. El Seguro facilita el sistema de indemnizaciones, cuya aceptación es también voluntaria, estructurada en un sistema mixto de conciliación-arbitraje, sin excluir el cauce legal, al que sólo se llega en muy contadas ocasiones.

Las reclamaciones se hacen al Servicio de Reclamaciones del Consorcio de Seguros o al Consejo de Reclamaciones del paciente. Existe un Tribunal arbitral previo a la vía judicial. De 2440 casos en 1991, sólo 31 llegaron a la vía judicial, resolviéndose 6 a favor del paciente. El sistema de reclamaciones está inspirado en la legislación sobre culpa por negligencia. El personal sanitario presta su apoyo al paciente y realiza toda clase de investigaciones destinadas a aclarar los hechos y mejorar las medidas preventivas. Los médicos, enfermeras y asistentes sociales que trabajan en los hospitales cumplimentan las solicitudes de indemnización y rellenan los formularios pertinentes en un 80% de los casos. Todo ello facilitado porque el seguro no está buscando mecanismos para eximirse del pago de una indemnización, ni normalmente profundiza en buscar culpables.

Sistemas similares funcionan en **Finlandia** (donde desde 1986 existe un moderno sistema de indemnización "sin falta" a través de una Compañía aseguradora, FENECH, 1990); en **Noruega**, donde existe la posibilidad de estas reclamaciones sin falta en los hospitales y la prevención de la malpraxis la basan en una buena comunicación entre enfermos y personal sanitario (MOLVEN, 1991), siendo las enfermeras y personal auxiliar del Hospital las que colaboran y practican las reclamaciones; en **Dinamarca**, donde se ha introducido un sistema de seguro al paciente con mejoras de sus derechos, considerando actualmente que daños considerados como fortuitos lo sean por negligencia, omisión y falta de información (SEGEST, 1992).

En **Gran Bretaña** se ha intentado un sistema "sin falta", promovido por el Real Colegio de Médicos de Inglaterra, con participación del Estado a través del Servicio Nacional de Salud, el Departamento de Sanidad, la Organización de defensa del facultativo y el B.M.A. (British Medical Association), pero tal modelo cuadruplica los

gastos (FENN 1994), por lo que se siguen procedimientos “por agravio”.

Algo similar ocurre en **Francia**, que sigue rigiéndose por métodos clásicos. Pero aparte de la responsabilidad civil y penal (muy bien definida en el C.P.), la Jurisdicción Administrativa está muy bien estructurada con tres niveles: Tribunal Administrativo, Corte de Apelación Administrativa y Consejo de Estado, agotándose en esta vía muchos procedimientos, sobre todo de responsabilidad médica hospitalaria, por sistemas de mediación y conciliación, como después veremos.

En **Alemania** rigen los estándares elevados y la inversión de la carga de la prueba en casos graves, limitación de indemnizaciones para daños inmateriales, minimización de costes mediante alta calidad de servicios médicos, y un clima de menor presión para el litigio, con mayor eficacia resolutive y papel fundamental del perito médico para establecer los estándares, y uso de comisiones de expertos para conseguir peritajes más fáciles y objetivos, evitar acusaciones infundadas y controlar la calidad de los servicios y la educación médica.

La Comisión Europea está también a favor de las soluciones extrajudiciales para la resolución de reclamaciones y ha publicado un documento sobre sanidad y protección de los consumidores que pretende impulsar la solución extrajudicial de conflictos y que, en un futuro, se aplicará también a los usuarios y profesionales de los servicios sanitarios, pues la solución amistosa de los litigios satisface las necesidades y preocupaciones de los profesionales que desean evitar pleitos judiciales y mantener su clientela.

La Comisión Europea ha puesto en marcha una iniciativa que tiene por objeto completar la política aplicada por los Estados miembros en el ámbito de la

sanidad y el consumo con el fin de alcanzar “un alto nivel de protección de los usuarios, habiéndose unido España a esta iniciativa por medio de una red pública de Tribunales arbitrales de consumo. Se pretende fomentar y facilitar la solución de los conflictos en una fase inicial, de modo que las partes eviten las molestias causadas por la apertura de un procedimiento (judicial o extrajudicial)

A tal efecto, la Comisión presenta un “formulario europeo de reclamación” destinado a mejorar la comunicación entre los usuarios de los servicios (enfermos) y los profesionales (médicos) con objeto de llegar a una solución amistosa de sus discrepancias. Se recomienda que los órganos responsables de la solución extrajudicial de los conflictos sanitarios acepten la apertura de un procedimiento de su incumbencia mediante la simple presentación de este formulario, que en el supuesto de que el diálogo entre consumidor y profesional no logre una solución del problema, podría utilizarse para iniciar un procedimiento extrajudicial.

La creación de una red comunitaria reduce costes, formalidades, pérdidas de tiempo y obstáculos tales como los problemas lingüísticos encontrados en las reclamaciones transfronterizas. Los sistemas extrajudiciales nacionales (como el Consumer Complaints Boards de los escandinavos, los tribunales arbitrales de España o el Ombudsman de las Compañías de Seguros) se ocupan de reclamaciones muy diferentes, lo que conlleva disparidades en los Estados miembros, que serán menores con este sistema.

En modo alguno podríamos dejar de considerar las modificaciones y matizaciones de estos procederes extrajudiciales en **Estados Unidos**, y que podríamos resumir en los siguientes:

1.- Sistema basado en falta y regulado por la Administración (mediante

expertos con posibilidad de apelación a Tribunales de Justicia). Sugerido por la AMA (American Medical Association). Se trata de una alternativa menos abierta, sugerida por la AMA mediante un sistema administrativo basado en la existencia de falta para determinar si los daños causados médicamente han sido debidos a negligencia. Bajo este sistema, un tribunal examinador, auxiliado por informes de expertos, debe determinar los merecimientos del caso y establecer el nivel de compensación. La decisión del tribunal tiene posibilidad de apelación.

2.- Sistemas “sin falta” por vía administrativa. Propuesto en principio por BARRY MANUEL (1990), reemplazando el sistema basado en la existencia de falta por un sistema administrativo en el que todas las víctimas de daños sanitarios deben ser compensadas por la pérdida económica, independientemente de que exista falta o no, de modo similar a los accidentes de trabajo o accidentes de tráfico. No es pues necesario que exista falta, sino simplemente que el acto médico haya sido la causa del evento dañoso.

3.- Eventos compensables designados: Modificación presentada por MARTÍN (1990), con restricción de los casos compensables a los denominados DCE (eventos compensables designados), con una lista específica de tipos de daño médico elegidos para compensación, porque es relativamente probable que estén asociados con algún tipo de negligencia.

4.- Compensación acelerada de eventos: Es otra modificación muy utilizada en Obstetricia y propuesta por RANDALL (1991), que indemniza los resultados adversos que médicos expertos determinen que son relativamente evitables, fácilmente identificables y que no causan distorsión en las decisiones a tomar. Existe también una lista previa de este tipo de eventos.

5.- Por pérdida (incluso sin falta directa), es decir, por riesgo
(asumiendo la responsabilidad del mismo la sociedad).

6.- Arreglos particulares o a través de Compañías de todos los tipos.

La sociedad española demanda asimismo cada vez con más fuerza y a través de ambas partes implicadas, soluciones alternativas para resolver los conflictos derivados de la malpraxis médica, tratando, en principio, de no tener que acudir a un Juez, o, en su caso, buscar una vía de salida.

Se requieren sistemas más simples y dinámicos, que, a través de un simple acercamiento de posturas, consigan resultados positivos y eviten los problemas importantísimos que hemos mencionado.

En este sentido se han ensayado nuevos procedimientos que reconocen el derecho de las personas a solucionar sus problemas a su libre disposición, encauzando las reclamaciones por diversos caminos. Y así se han hecho a través de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, ante la Comisión Deontológica del Colegio Profesional, mediante carta o telegrama al abogado del paciente y procedimientos múltiples no sistematizados a través de Compañías aseguradoras, Colegios, etc.

En todos los casos se deben comunicar a través del abogado del profesional, que contactará con los interesados o Compañías aseguradoras y formulará la contestación, que proceda.

Son muchas y muy diversas las formas en que un paciente o sus familiares pueden articular su exigencia de responsabilidad por vía extrajudicial, pero no son menos peligrosas que si de una reclamación judicial se tratara, pues de estos primeros contactos y del rigor con que se trate dependerá que la reclamación acabe o no ante los Tribunales.

Por ello se buscan procedimientos de algún modo institucionalizados, sistematizados y legalizados que obvien errores que conduzcan a ese fin y entre ellos están la **MEDIACION, CONCILIACION Y ARBITRAJE**, a los que el colectivo de la abogacía por una parte, los Colegios de Médicos por otra, y otras instituciones estatales o paraestatales están prestando especial atención, y que de algún modo y en algunas de sus modalidades son procedimientos parajudiciales (no es exacto el calificativo, como tampoco el de sistematizados, pero de algún modo está justificado llamarlos así, al no contar con una expresión más exacta, porque tienen cierta base legal y unas normas de funcionamiento definidas en reglamentos), que merecen que les prestemos especial atención.

Tales procedimientos, ya implantados desde antiguo en otros ámbitos del Derecho, en su versión referida a la Sanidad fueron presentados de manera solemne en el VI Congreso de Derecho Sanitario, celebrado en Madrid en octubre de 1999.

LA MEDIACION constituye la fórmula no vinculante más conocida y utilizada. Tiene un especial interés por ser la menos regulada en el Derecho positivo, por admitir mayor debate doctrinal, por su polimorfismo y por ofrecer las mayores y más sencillas posibilidades en la resolución de conflictos.

Según RETUERTO BUADES (2000), es un proceso a través del cual dos o

más partes someten sus diferencias o disputas a la intervención de un tercero neutral, el mediador, con el objeto de que les ayude a encontrar una solución satisfactoria o la menos mala para todos. El mediador no tiene autoridad para imponer su criterio o decisión ni las partes se la reconocen, limitándose a explorar las causas de la disputa y las motivaciones e intereses de las partes para proceder a sugerir o apuntar soluciones mediante el diálogo que se da a través de su persona.

Se trata de un procedimiento muy antiguamente utilizado en civilizaciones elementales, basadas en principios tribales y comunitarios, que en su versión moderna y actual se inició primero por EE.UU. (a mediados de lo sesenta), y luego en Europa Occidental, sobre todo en Francia. En su formulación reciente, la teoría de la mediación es una respuesta de la postmodernidad a las exigencias de cohesión social. En efecto, en la crisis del Estado Moderno, en la que éste se encuentra con grandes dificultades para el ejercicio de su función de regulación y producción normativa, surge la contestación de la legitimidad del derecho racional como fuente de regulación social. Por ello trata de buscarse una norma más accesible, reducida a sus justas proporciones ante las dificultades de regulación legal-racional. Se necesita para ello alcanzar un nuevo sentido jurídico o una nueva "razón jurídica".

TIPOS O MODALIDADES DE MEDIACIÓN.

La mediación es más compleja en realidad que la simple descripción que hemos hecho de la misma, presentándose en cuatro estadios, fases o modalidades: como práctica de intervención en una diferencia, como procedimiento de gestión de un conflicto, como procedimiento de composición de un litigio o como ideología de pacificación social sobre una base consensual y negociada.

La primera de las modalidades es la que mejor responde a nuestra

primitiva descripción, y se define como “la interposición en una diferencia entre dos o más actores para descubrir un mínimo de referencias comunes que permitan elaborar un acuerdo”. El mediador es un tercero neutral, que interviene en la comunicación bloqueada de las partes, limitándose a establecer las condiciones y medios de una nueva comunicación. El acuerdo que se pueda alcanzar no es obra del mediador y su intervención no entraña ninguna obligación de ejecutarlo para las partes. En el ámbito sanitario se desarrolla normalmente por personas que, conociendo las circunstancias de ambos implicados, estén situados en una posición que les permita gozar, a priori, de condiciones de objetividad y neutralidad.

Esta forma de alcanzar el acuerdo y su falta de ejecutoriedad son las características que diferencian a la mediación de otras técnicas no judiciales: en la conciliación el acuerdo puede ser propuesto por el conciliador, mientras que en el arbitraje el laudo tendrá ordinariamente fuerza obligatoria.

La segunda de las modalidades es aquella, en la que se configura como procedimiento de gestión de un conflicto, entendiéndose por tal la existencia de una oposición abierta. Aquí, para que la intervención del mediador sea eficaz, debe ser ajeno al sector sanitario implicado, y su actuación discreta e incluso secreta si es posible. Pero debe aparecer como una figura de “autoridad”, y no en función de su lugar en una institución o en virtud de un mandato, sino como consecuencia de la expresión de su neutralidad, objetividad y sentido de la equidad.

Es importante tener en cuenta que el mediador debe prestar más atención a los hechos que a las normas, y a las actuaciones efectivamente realizadas por las partes que a los juicios que éstas han dado y dan para justificarlas. El mediador no tiene que juzgar como un magistrado desde la ley, sino desde la comprensión de las

condiciones de nacimiento del conflicto, guiar a las partes al encuentro de una solución consensuada.

El tercer nivel analizado se refiere a la mediación como procedimiento parajudicial de solución de litigios, considerando como tales los planteados ante los Tribunales de Justicia.

Esta forma de mediación no se utiliza en nuestro medio, pero es la que ha alcanzado mayores niveles de institucionalización en los sistemas jurídicos occidentales, principalmente en EE.UU. y Francia. En ella se produce una especie de descentralización de la justicia en la que la autoridad del magistrado se delega para la solución de ciertos litigios en instancias locales más o menos institucionalizadas, siempre con la reserva del control del ejercicio de esa delegación en manos del magistrado, a quien en todo caso corresponde otorgar la fuerza ejecutoria a las medidas propuestas por la instancia delegada. Esta modalidad se ofrece como respuesta a la crisis de la excesiva rigidez de la organización judicial y a la lentitud de los procedimientos.

Este tipo de mediación parajudicial presenta algunos problemas: el mediador se constituye como brazo armado del Juez y se parece más a los procedimientos de conciliación y arbitraje, donde el mediador en vez de ser elegido por las partes, puede ser impuesto por el magistrado; la ejecución del acuerdo no depende de su aceptación por las partes, sino de la decisión del magistrado.

Por ello, a esta modalidad de mediación la consideran más como justicia negociada o propuesta que como una técnica o tipo específico de negociación.

Por otra parte, cuando se llega a esta fase de litigios el grado de enconamiento es grande. En la mayor parte de los casos existen daños que precisan de reparación y aparece el papel de víctima invocado por una de las partes cuando no por las dos. Tal proceso psicológico de victimización exige para su superación por el que lo sufre algún tipo de reparación de los que se conocen como “honrar a la víctima”.

La última de las acepciones de la mediación hace referencia a su análisis como **ideología de la pacificación social**, que puede sonar a utopías más o menos voluntaristas. Esta concepción descansa en la hipótesis de que la diversidad y complejidad de la vida social faciliten el desarrollo de modos descentralizados de composición de conflictos, permitiendo también a los ciudadanos volver a apropiarse de los modos de gestión de estos conflictos. Ello implica unas realidades complementarias: el surgimiento de una teoría de prácticas profesionales al margen del campo judicial, que entrañan una ética, unas habilidades y unas responsabilidades específicas distintas e independientes de las judiciales; y tratar de construir un discurso que levante como valores morales centrales la disponibilidad para con los demás, la responsabilidad y el altruismo, ensalzando las virtudes sociales de la solidaridad, la dignidad y la generosidad.

POSIBILIDADES.

En cuanto a las posibilidades de la mediación en el marco sanitario, no existe previsión expresa que se refiera a la mediación como técnica de superación de conflictos ni en el ordenamiento jurídico sanitario español ni en la legislación de protección de consumidores. Esta falta de previsión no implica en modo alguno imposibilidad de establecer y desarrollar sistemas y procedimientos de mediación, pues el art. 9.2 de la C.E. es norma habilitante suficiente para poder desarrollar dichas técnicas por los poderes públicos y, en el ámbito de la relación privada, el principio de

autonomía de la voluntad de las partes consagrado en el C.C. la permite sin duda alguna.

Sin embargo, el éxito de la mediación no depende tanto de su regulación en el plano normativo como de su aceptación en el ámbito cultural de la sociedad y el sector en el que se insertan.

La concreción de las distintas modalidades mediadoras en el sistema sanitario español es algo que corresponde decidir a los implicados en el mismo: profesionales, empresarios, usuarios, compañías aseguradoras, etc.

LA CONCILIACION es una posibilidad de crear un determinado “germen de consenso” mediante la verdadera conjunción de los intereses en juego, aportándose a las partes, a través de personas o instituciones acreditadas, una alternativa concreta a la vista del examen de los hechos y evaluación de sus repercusiones.

Mediante ella, se trata de poner de acuerdo los ánimos que estaban enfrentados, conformando dos posiciones al parecer contrarias.

El conciliador tiene una postura más activa, exhortando a las partes para que lleguen a un acuerdo y velando para que dicho acuerdo se ajuste a las normas generales de validez de los convenios.

Estaba regulada en los arts. 460 y ss. de la desaparecida L.E.C., que siguen vigentes hasta la puesta en vigor de la Ley de Jurisdicción voluntaria.

En las reclamaciones directas a la Administración está inventada la conciliación por la terminación convencional (especie de arbitraje ante la Administración) (art. 8 del RD 429/93).

Se trata de comparecer las partes ante el Juez con la finalidad de conseguir la avenencia y evitar el litigio que una de ellas trata de plantear a la otra. En la práctica no ha respondido a las expectativas en el Derecho Civil, habiéndolo hecho en cambio en la Jurisdicción Social.

En el referido articulado se indica la posibilidad, antes de promover un juicio, de intentar la conciliación ante el Juzgado de 1ª Instancia o de Paz competente. Se indican normas, plazos y técnica, así como los efectos de la celebración del acto de conciliación, que dependerán de su resultado: sin avenencia entre las partes queda expedita la vía judicial, y si existe avenencia, lo acordado tiene fuerza ejecutiva entre las partes intervinientes sin necesidad de ratificación ante el Tribunal, y se llevará a efecto por el mismo Juez cuando se trate de asuntos de competencia del mismo. En los demás casos tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

Contra lo convenido en acto de conciliación podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos.

La conciliación, en todo caso, debe ser paso previo al Arbitraje Colegiado, y así se contempla en los Reglamentos de los Tribunales que han iniciado su andadura.

Finalmente, cuando fracasan la mediación o la conciliación y existe un deseo de las partes de solucionar sus problemas derivados de la responsabilidad profesional sanitaria, está el mecanismo del **ARBITRAJE**, mediante la determinación de un procedimiento que respete los principios de audiencia, igualdad y contradicción.

Los Tribunales Arbitrales de Sanidad pretenden ser un método alternativo a la solución actual que garantice obtener una solución justa, rápida y con fuerza de cosa juzgada y no menoscabando el prestigio de las partes mediante la publicidad que se da a las sentencias judiciales.

El arbitraje se incorpora como figura en la codificación que se lleva a cabo en nuestro país en la segunda mitad del siglo XIX y se emplaza en el C.C. y en la L.E.C. y la Ley de Arbitraje de 22 de diciembre de 1953. Supuso un avance considerable en la concepción y desarrollo del arbitraje, no existiendo ninguna razón que justifique que esta nueva regulación se hiciera por Ley especial no codificada, como tampoco lo fue la nueva Ley 36/88, que derogó la anterior.

Según GARCÍA HERNÁNDEZ (2000) el arbitraje sanitario se podría definir como *“institución jurídica, por la que dos o más personas –una de ellas profesional de la sanidad- establecen que la controversia resultante de un acto médico sea resuelta, conforme a un procedimiento legalmente establecido, por árbitros designados voluntariamente por las dos partes y a cuya decisión expresamente se someten, ya sea ésta dictada conforme a Derecho o en equidad”*.

Se trata de un medio que supone la armonía entre el profesional y el paciente sin necesidad de acudir a la fuerza del Estado, y representa un avance

evidente del progreso social, de la independencia de los ciudadanos respecto al Estado, del desarrollo de las relaciones médico-paciente y la mutua comprensión de que el médico no desea ningún perjuicio para su paciente. En caso de surgir un resultado negativo en el ejercicio profesional, ambas partes están dispuestas a reparar el daño causado, sin menoscabo de la honorabilidad del profesional ni del paciente.

No podemos entrar en modo alguno en el estudio en profundidad del arbitraje médico. Únicamente resumiremos el estudio que del mismo realiza el citado autor del siguiente modo:

1. NATURALEZA JURIDICA DEL ARBITRAJE.

Hay que considerar que se trata de una institución compleja, y buena parte de la doctrina se divide entre su naturaleza contractual o jurisdiccional. Para los primeros lo que prima es la voluntad de las partes, que se encuentra en el origen mismo del contrato, mientras que para los que defienden la segunda teoría, según FONT SERRA (1989), *“la manifestación de la voluntad de las partes mediante el convenio y posterior aceptación de los árbitros son sólo las condiciones, a las que la Ley vincula los poderes jurisdiccionales que otorga a los árbitros y, cumplidas esas condiciones, la atribución de jurisdicción a los árbitros es independiente de la voluntad de las partes y se produce así porque el Estado lo quiere a través de la Ley”*.

2. CARACTERÍSTICAS DEL ARBITRAJE: (Tomadas de la Ley 36/88).

- Voluntad inequívoca de las partes de someterse al mismo.
- Ambito de aplicación que excluye cuestiones en las que haya recaído resolución final firme y aquellas sometidas a derecho necesario (penales, administrativas y laborales o aquéllas en las que deba intervenir el Ministerio Fiscal).

Los Tribunales Arbitrales de Sanidad se encargarían de reclamaciones contra los médicos y otro personal sanitario por responsabilidad civil, encargándose de la penal,

si hubiera acaecido, los Tribunales Ordinarios.

- Clases de arbitrajes: contractual, "ad hoc", institucionalizado (Colegios profesionales de Médicos o Abogados), de derecho (interpretando la norma jurídica como lo haría un Juez) o de equidad (al saber y entender de los árbitros, sin vínculo a norma alguna, con flexibilidad y libertad de criterios).

- Convenio arbitral: Instrumento en el que se plasma el derecho de las personas a solucionar las cuestiones litigiosas de su libre disposición, renunciando libremente a demandar en el orden jurisdiccional ordinario.

- Árbitros: En el Título III se regula su capacidad, sus incompatibilidades, y su abstención y recusación. Así como su número, que será impar, con tres como mínimo. El Presidente se fijará por las partes o por los mismos árbitros.

- Procedimiento arbitral (Título IV): regido por los principios de audiencia, contradicción e igualdad de plazos. Pruebas a instancia de parte o por propia iniciativa. Las fases del procedimiento serán: notificación a las partes, fase de alegaciones, fase de prueba, fase de audiencia y emisión del laudo, que deberá ser congruente, motivado (en arbitraje de Derecho) y notificado fehacientemente a las partes (Título V).

- Intervención jurisdiccional o auxilio judicial (Título VI). Se consideraría como fase patológica del arbitraje, ya que con dicha intervención falla su filosofía (cuya primera pretensión es no acudir a los Tribunales Ordinarios) por falta de acuerdo en la designación de árbitros para auxilio en la práctica de pruebas, en recursos de anulación, de revisión o de amparo.

- Título VII. Regula un recurso de anulación del laudo, a fin de garantizar que el nacimiento, desarrollo y conclusión del procedimiento arbitral se ajusten a lo establecido en la Ley.

- Título VIII. Regula la ejecución forzosa del laudo con un sistema lo suficientemente complejo como para encauzar la pretensión de ejecución y la oposición a la misma con las suficientes garantías para ambas partes.

- Títulos IX y X. Ejecución en España de Laudos Arbitrales extranjeros y Derecho Internacional Privado.

3. CRITICA DEL ARBITRAJE.

En esquema, se señalan las siguientes ventajas e inconvenientes:

3.1. VENTAJAS:

- Al igual que todos los procedimientos puede evitar el proceso penal. En todo caso se presume mayor discreción y confidencialidad.

- Formalismo mínimo. Más flexibilidad y elasticidad. No existe procedimiento prefijado, sino el establecido por las partes (art. 63 de la Ley 36/88 vs 2182 de la L.E.C.)

- No necesidad de abogado ni procurador en arbitrajes de equidad, y sólo abogado en los de Derecho.

- No existen plazos, salvo el máximo de 6 meses para terminarlo.

- Objetividad, imparcialidad y transparencia para las partes, operando los principios de audiencia, contradicción e igualdad.

- No hay escasez de árbitros, y éstos pueden ser especializados.

- Mayor rapidez.

- Gastos menores que en vía judicial.

- La voluntariedad (que implica conformidad de las partes) y la elasticidad evitan que el enconamiento vaya a más. (La posibilidad de cambiar impresiones, hablar y opinar, conocer lo ocurrido, libera tensión).

- Aproximación a Europa.

- Descongestión de Juzgados.

3.2. INCONVENIENTES:

- Falta mucho para que funcione bien, pues está en estudio. No existe

experiencia fiable nacional. Debe acreditar su efectividad.

- Corporativismo. Sobre el mismo existen opiniones contrarias: Según SIERRA DE LA CUESTA (2000) *“el arbitraje no supone un aumento del corporativismo del sector sanitario y que todo depende de quien sea el árbitro en este proceso, que por supuesto no debe ser alguien que pertenezca al gremio”*. De modo similar opina RUIZ VADILLO (-b- 1998). Hay que tratar de corregirlo de este modo.

- Neutralidad (¿?). Siempre en esta vía existen más intereses y menos independencia. Los árbitros son personas cuyo oficio no es juzgar y pueden ser valedores de las partes.

- No es tan barato como debiera ni tan corto como se quisiera.

- Es más encorsetado y complicado de lo deseable.

- El ser voluntario por ambas partes, lo hace impracticable con frecuencia al no ser del agrado de una de ellas.

- En general, se resta intervención e importancia al médico (no sólo como árbitro, sino porque no se hace constar su necesidad como perito que, a nuestro juicio, es imprescindible).

4. EVOLUCIÓN DEL ARBITRAJE.

En España los Tribunales de Arbitraje Sanitario tienen una corta existencia y proceden de diversas instituciones y puntos de partida distintos: Colegios de Médicos, Colegios de Abogados, Juntas Arbitrales de Consumo, Comunidades autónomas, etc. Entre los Tribunales de Arbitraje Sanitario existentes están los siguientes:

1. Vizcaya: Se inició en 1997 en el Colegio de Médicos. El mayor problema que presenta es el recelo del paciente a un procedimiento creado en la casa

del médico, en la errónea creencia de que es el propio médico o sus pares los que resuelven el conflicto. Carece de control por parte de la Administración y se somete de plano al Derecho privado. Su actividad es bastante reducida por estas razones y se prefiere poner el acento en la correcta tramitación de los asuntos, en especial en los primeros casos para tratar de acreditarse.

2. Colegio de Abogados de Madrid. Cuyos estatutos se aprobaron en Julio de 1999 y se presentó en el VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario en Diciembre de 1999. Su creación se ha recibido favorablemente, aunque de modo muy discreto por los colectivos de médicos, pacientes y abogados. En una encuesta realizada por DM en fecha 1/05/2001 sobre la valoración por médicos, pacientes y letrados sobre su creación se reflejan resultados poco entusiastas.

3. Por el Colegio de Médicos de Orense se ha puesto en funcionamiento un servicio denominado abreviadamente con el acrónimo CONCILIAR, con objeto de resolver las controversias entre los profesionales de la medicina, entre estos y sus pacientes o con otros profesionales sanitarios mediante la conciliación, la mediación y arbitraje como fórmulas alternativas a la vía judicial.

La celebración de la conciliación será requisito obligatorio para el arbitraje. Si no existe avenencia se acudirán en segundo término a la mediación. Cuando no existe avenencia se podrá recurrir a un arbitraje, que será de equidad, salvo excepciones previstas en el Reglamento. En cuanto a los árbitros, si el asunto que se debate se atiene únicamente al correcto ejercicio profesional de la medicina, los árbitros serán médicos, y si el conflicto es de naturaleza jurídica entre profesionales de la medicina, serán abogados y el arbitraje será de Derecho.

4. Existe un Comisión de seguimiento en Cataluña desde 1993 para indemnización por daño y evitación de judicialización del profesional (DM 24/1/96) bajo la tutela del Colegio de Médicos de Barcelona. Sus funciones primordiales son el análisis de las praxis médicas reclamadas o de organización, y autorizar, en su caso, acuerdos económicos indemnizatorios de daños económicos ocasionados por actos sanitarios en los que se observa la existencia de una acción u omisión no maliciosa, pero culposa o negligente del profesional y un nexo causal entre la actividad médica y el daño, siempre que éste no sea atribuible a un hecho previsible o inevitable.

5. En Cantabria existe una propuesta del Colegio de Médicos para creación de un tribunal de arbitraje.

6. García Hernández, presidente de la Sociedad Castellano-Leonesa de Derecho Sanitario propugna una Junta Arbitral de Sanidad creada desde la Comunidad autónoma que, según su criterio, debería estar alejada de los Colegios de Abogados y de Médicos, y que la vía administrativa sería más imparcial.

En Derecho comparado son conocidos los ejemplos de **Suecia, Finlandia, Nueva Zelanda y Estados Unidos y últimamente en Méjico**, donde se contempla con gran entusiasmo, teniendo el beneplácito y apoyo del Gobierno, habiendo creado hace poco tiempo mediante norma con rango de ley, la Comisión Nacional de Arbitraje Médico (CONAMED), destinada exclusivamente a atender las quejas de los pacientes de todo el país, canalizarlas hacia la mediación y conciliación y, en último extremo, arbitrar un laudo que dirima la cuestión si ambas partes aceptan de antemano someterle su discrepancia. En este caso, un gabinete interdisciplinar compuesto por médicos y abogados hace las veces de árbitro, y todo ello según una

normativa arbitral similar a la española.

Desde junio de 1996 (fecha de iniciación) hasta diciembre de 1998, la Comisión Nacional de Arbitraje de Méjico (CONAMED) ha atendido 10.966 reclamaciones, admitiéndose a 4.847 (el 44%), que se canalizaron en principio para conciliación. Cuando a través de la conciliación no se logra el acuerdo de las partes, se les propone el arbitraje, que puede ser efectuado siempre y cuando se cuente con la voluntad de las partes. En los casos en que no es aceptado el proceso de arbitraje, se dejan a salvo los derechos para que los interesados puedan acudir a otras instancias.

De ellas 41 se resolvieron mediante árbitros, siendo la decisión favorable para el facultativo en el 68% de los casos. Se hace notar que si la cultura del arbitraje en Méjico va muy por delante de España, el volumen de las indemnizaciones va muy por detrás.

5. La **OPINION** existente **sobre el ARBITRAJE** es muy diversa. En el VI Congreso Derecho Sanitario del 2000, se manifestó un apoyo unánime al Tribunal Arbitral Sanitario del Colegio de Abogados de Madrid. Y así:

MARTÍ MINGARRO (Decano del Colegio de Abogados de Madrid, 2000) llamó la atención sobre la importancia de poder evitar el proceso penal, ya que supone muchas veces una dramatización permanente para el resto de los días del imputado, así como la posibilidad de poder “pinchar el globo de la tensión pasional” que se origina, por lo que desde el principio los abogados deben buscar la concordia y generar confianza. Recuerda que esta vía es más rápida, más barata y debe merecer la confianza de las partes.

ZAMARRIEGO CRESPO (Presidente del Colegio de Médicos de Madrid, 2000), cree que la promoción de cualquier cauce previo a la vía judicial que evite en lo posible el enjuiciamiento de los médicos ante los Tribunales y que, además, no impida a las partes, llegado el caso, acudir a la vía judicial, siempre es buena, y debería impulsarse, cuidarse y desarrollarse. Insiste en la necesaria colaboración y el papel preponderante de los Colegios Profesionales y de las organizaciones sociales en un proyecto que requiere como condiciones básicas la objetividad, imparcialidad y transparencia para las partes, un coste económico conocido y asumible, y tiempo máximo de meses y no de años para llegar a una solución final.

RETUERTO BUADES (2000), ex Defensora del Pueblo y Vocal del C.G.P.J. muestra sus preferencias por la mediación, que considera como una vía distante del laudo arbitral, que gira en torno a una persona -el mediador- que dirige, pero no impone y que propone soluciones y una reparación rápida, sin buscar la subjetivización de la responsabilidad.

ATELA BILBAO (Asesor Jurídico del Colegio de Médicos de Vizcaya, 1998), piensa que el Tribunal de Madrid parte ya con una ventaja al no estar creado en la Casa del Médico, sino en la del Abogado, pues con ello disminuye el recelo del paciente al corporativismo y por otra parte, al ser los abogados el medio de canalización de las reclamaciones, pueden desviarlas a esa vía.

FERNANDEZ VARELA (1999), comisionado de la CONAMED mejicana, cree que el arbitraje es el futuro en materia de responsabilidad profesional y el medio de resolución de conflictos que menos deteriora la relación entre médico y paciente, por lo que apuesta por él con fuerza.

PLAZA (Vicepresidente del Colegio de Médicos de Madrid, 2000) opina que el tribunal arbitral como vía alternativa a la judicial para resolver controversias sobre daños médicos es más beneficioso para la Administración, pues el ente público debe ser consciente de que por este medio las reclamaciones se van a solucionar de forma más rápida y menos problemática. Considera que el arbitraje va a dar a la entidad pública una mayor imagen, no como de oponente total, sino como la otra parte que intenta explicar en una reunión con carácter conciliador lo que ha pasado y, en su caso, compensar económicamente al paciente.

El Profesor **PANTALEÓN** (Catedrático de Derecho Civil de Madrid, 1999) cree que se debería imponer a los seguros del Servicio Nacional de Salud en el pliego de condiciones del concurso público la aceptación de ofrecer el arbitraje. La fórmula más sencilla para introducir el arbitraje en la Sanidad Pública es olvidarse de la Administración como demandada y centrarse en la aseguradora de su responsabilidad.

Hay quien da por sentado que el asegurador no querrá someterse al arbitraje, porque le va mejor el retraso que supone un pleito, pero también es un inconveniente mantener abierta la solución de un siniestro durante diez años, si el litigio se resuelve en lo contencioso.

Con esta fórmula se lograría un altísimo nivel de satisfacción de los pacientes y se evitaría el problema de someter a la propia administración a arbitraje, que tiene el inconveniente de someter las incidencias del proceso a la jurisdicción civil.

ALVAREZ-CIENFUEGOS (Magistrado del T.S., 2000) entiende que la Ley

General de Presupuestos impide a la Administración someterse al arbitraje al establecer que *“no se podrá transigir judicial ni extrajudicialmente sobre los derechos de la Hacienda Pública, ni someter a arbitraje las contiendas que se susciten respecto de los mismos, sino mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia del Consejo de Estado en pleno”*. Ello impide que la Sanidad se someta ni siquiera a un intento de Conciliación en el Tribunal de Arbitraje de Madrid. Pero esta situación tiene que cambiar, y *“la Administración tendrá que ir al arbitraje público, porque la gente no aguanta el tiempo de los procesos: al consumidor, al usuario, al administrado, no le sirve tener razón dentro de 10 años. La clave para este avance es tan sencilla -y tan complicada- como desarrollar la Ley. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas ya prevé la instauración de soluciones mediadoras, pero el Gobierno no ha cumplido el mandato de desarrollarlas en el plazo de seis meses que tenía desde Abril de 1998”*.

RUIZ VADILLO (1998 -b-) expresa sus simpatías al arbitraje siempre que se desarrolle bien y se generalice, pudiendo producir una considerable disminución de pleitos en la jurisdicción ordinaria. Entiende que en los primeros momentos de andadura de estos Tribunales arbitrales médicos no es muy acertado que sean los propios médicos los que valoren los daños y perjuicios originados por un comportamiento presuntamente negligente de otros colegas.

MACIA (2000), que desde hace años trabaja en el estudio de un tribunal arbitral médico en Barcelona, recuerda que hace 15 años los accidentes de tráfico copaban los juzgados de instrucción, y un precedente legislativo de 1989 coronado en 1992 ha hecho que los asuntos desaparezcan de los Juzgados. El legislador decidió que hay un tipo de litigio que se puede sacar de la órbita judicial y llevarla a la del arbitraje y nadie se ha escandalizado; más aún, la norma casi ha pasado inadvertida y

resulta eficaz.

Recuerda asimismo que los juzgados de instrucción están atestados de asuntos médicos por razones ajenas al proceso penal, pues en realidad sólo se busca una indemnización, aun cuando se escoge para ello la vía que aparece más coercitiva.

El Profesor **FIGUERA AYMERICH** (1997) refiere que *“se debería instaurar en España el modelo de compensación de daños sin buscar responsabilidad como posible solución al grave problema de las denuncias y las responsabilidades. Así el paciente recibirá su compensación o indemnización sin tener que probar la culpa del médico ni de nadie”*.

GARCÍA HERNANDEZ (2000) cree que existe urgente necesidad de implantar un Tribunal de arbitraje médico con seriedad y rigor. Está en contra de que los árbitros sean médicos, y cree que deben ser técnicos en el tema y no promovidos por los Colegios Profesionales, sino por la Administración. Los arbitrajes deben ser de Derecho, con rigor en la fundamentación del laudo y correcta ejecución del mismo.

La Asociación de **VICTIMAS DE NEGLIGENCIAS SANITARIAS** (1999) expresa su oposición al Tribunal de Arbitraje de Madrid por considerar que la iniciativa para su creación ha sido elaborada en forma conjunta entre los colegios de Médicos y Abogados, sin tener en cuenta a los colectivos de las víctimas, que no participarían en el Tribunal. Por otra parte asegura que este sistema no permitiría un recurso posterior de los afectados en caso de no estar de acuerdo con la decisión arbitral.

El **GRUPO MIXTO-I.U.** pide al gobierno vasco una ley sobre arbitraje sanitario. Dicho proyecto debería fundamentarse en los principios de agilidad,

celeridad, eficacia y separación de la fase de instrucción y resolución. Fundan la necesidad de elaborarlo en *“el largo tiempo y el complejo sistema de determinación de responsabilidades de las distintas jurisdicciones”*.

BYRNE (Comisario Europeo de Salud y Protección de los Consumidores, 2000), cree que la creación de una red europea de arbitraje es una importante iniciativa que contribuirá a crear un entorno eficaz y práctico y permitirá reforzar la confianza de los usuarios de la sanidad para la resolución de reclamaciones, estando a favor de soluciones extrajudiciales, pues *“cuando las cosas van mal, no es práctico ni rentable utilizar vías de recursos tradicionales”*.

DIARIO MÉDICO, en fecha 1/5/2001, publica una encuesta sobre la valoración del Tribunal de Arbitraje sobre Daños Médicos del Colegio de Médicos de Madrid realizada a los propios médicos, a los pacientes y a los abogados, con resultados poco entusiastas sobre el mismo.

Finalmente, a modo de resumen de las distintas vías extrajudiciales, **HERNANDEZ MORENO** (2002) entiende que *“la mediación y conciliación, cuando son suficientes, no tienen más que ventajas. Son procedimientos ideales. Pero cuando los problemas no pueden arreglarse por estos procedimientos, es más difícil que lo hagan por arbitraje”*.

Opina que de todos modos, para que funcionen estos procedimientos, generalmente son necesarias dos condiciones:

1. Un buen seguro de responsabilidad. Esta es la razón del éxito de la vía extrajudicial en países ricos (Países Nórdicos, EE.UU., Nueva Zelanda, etc.), la

existencia de seguros con amplia cobertura y seguridad en su respuesta. Ello facilita en alto grado la capacidad de maniobra y, en consecuencia, la posibilidad de llegar a acuerdos satisfactorios, cuando se cuenta con la base de poder indemnizar adecuadamente.

Y para un buen seguro una de las cosas que hacen falta fundamentalmente es dinero (eso explica que los países en donde se han desarrollado estos métodos sean los que son).

2. Un buen informe médico pericial, que tiene ciertas características distintivas y a veces resuelve todo, porque el informe y la personalidad del que lo hace con frecuencia actúan como mediadores o como base y gran fundamento de la conciliación, o como elemento fundamental para el conocimiento real de los hechos. El mencionado autor expresa además que el informe médico en los problemas de Responsabilidad Médica es de notable importancia para la vía extrajudicial, y debe reunir especiales características, tales como:

- 1. Ser minucioso y exhaustivo en la descripción de los hechos, causalidad, posible culpabilidad, riesgo, etc. La minuciosidad y descripción de los hechos y secuelas es de gran importancia para las partes, cuando ven allí reflejados los eventos por los que pleitean. Cuando se leen los informes a los interesados, comprobamos con frecuencia su satisfacción al comprobar que determinados detalles quedan plasmados en el escrito, y ello les da confianza y les permite comprender otros detalles que juzgaban inaceptables de un modo personal o por desconocimiento. Con ello además "se honra a la víctima", tan importante a veces, como decíamos al hablar de la mediación, para poder acceder o continuar en estas vías extrajudiciales.

- 2. Inteligible (pues no va a ser utilizado únicamente por Jueces o Letrados, sino por personas mucho menos cultas a veces y por las partes). Por ello debe ser el informe claro, bien definido, concreto y objetivo.

- 3. La Valoración del Daño Corporal es aquí menos rígida que en la vía judicial, y, aunque se auxilie el informante de baremos (no de un único baremo), puede hacerse en función también del criterio de responsabilidad (objetiva o subjetiva, por culpa, sin falta, por riesgo, etc.), teniendo en cuenta que aquí no va a existir después un Juez ni un juzgador en muchos casos. En todos casos, para el arbitraje deben ensayarse diversas posibilidades.

En general, la Valoración del Daño Corporal, como todos los demás aspectos, serán mucho más libres, teniendo en cuenta que en estos procederes no se actúa exclusivamente, ni siquiera fundamentalmente, con criterios legales. Así, en la mediación rigen criterios sociales, de solidaridad, de comprensión, etc; y en los arbitrajes se actúa siguiendo normas de equidad más que por normas jurídicas, se actúa según el saber y entender de los árbitros a la hora de valorar los hechos y las pretensiones del médico y paciente, sin vinculación a norma alguna.

Con ello se han esbozado, ya que no ha existido otra pretensión, una serie de aspectos, de ventajas, inconvenientes, sistemática, características, etc., de algunos de los más conocidos o sistematizados procedimientos que constituyen esta vía alternativa a la judicial para dirimir problemas y asuntos relativos a la responsabilidad médica. No es fácil decidirse ni definirse sobre sus posibilidades y utilidad, pues en realidad cada cual los interpreta según la función que desempeña y los intereses que persigue.

II. 5. LA PERICIA MEDICA.

Para establecer la responsabilidad del médico o profesional sanitario resulta imprescindible analizar la actuación médica, por lo que la prueba de tal responsabilidad siempre precisa de conocimientos técnicos que sólo pueden ser proporcionados a través de la prueba pericial. Y es que al cuestionarse una actuación médica en un procedimiento judicial, que con gran frecuencia se trata de una investigación penal, una de las primeras diligencias que pedirá el Juez (junto con las correspondientes declaraciones de denunciantes, denunciados, testigos, remisión de los historiales clínicos), será solicitar una prueba pericial encaminada a la valoración de la actuación médica cuestionada, pericia que, a priori, posee enorme importancia.

Su enorme valor viene deado por la imparcialidad que se presume de quienes la emiten en principio, los médicos forenses, al ser funcionarios públicos a los que la ley expresamente atribuye la función de *“asistencia técnica a los Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional”* (art. 498.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), estando expresamente contemplada como función suya *“la emisión de informes y dictámenes médico-legales”* (art. 3.a del Reglamento Orgánico del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, RD 296/1986).

Este dictamen es posiblemente, como señala DE LA CRUZ RODRÍGUEZ (1999), uno de los actos periciales más exigentes de buenas cualidades profesionales y personales en el perito médico, dadas las circunstancias, peripecias y presiones que rodean a estos procesos, a veces muy dilatados en el tiempo, debiendo valorar la actuación profesional de compañeros de profesión. Refiere EXPÓSITO RUBIO (1999) que la tensión se ve incrementada si se advierte que su dictamen será mirado con lupa tanto por la defensa de la víctima como por la defensa del médico denunciado; y que es muy

posible que, si sus intereses no se ven beneficiados, las partes soliciten nuevos informes de otros profesionales con un mayor grado de preparación específica, esto es, especialistas en la cuestión médica motivo de pericia, al cuestionar técnicamente las conclusiones del médico forense. Desde esta perspectiva, se espera del dictamen pericial del médico forense sobre todo objetividad, pero también profundidad técnica, aunque es preciso recalcar que, si bien inicialmente en la mayoría de las ocasiones la prueba pericial médica será realizada por éstos, no tiene por qué tener esta condición el perito médico encargado de la valoración de la actuación médica cuestionada.

Aunque pueda parecer evidente la **función que cumplen los peritos** en el proceso penal que, con mucho, es el tipo de procedimiento judicial en el que con mayor frecuencia se requiere su actuación, se entiende importante recordar el papel que en el proceso les asigna la Jurisprudencia penal, citando al respecto la doctrina de dos resoluciones judiciales del Tribunal Supremo:

“Los peritos, como sucede con los testigos, son terceros, es decir, no intervienen en el proceso como partes, sino que prestan su colaboración con el Tribunal, en orden a los conocimientos especializados que tienen, y pueden ofrecer unas determinadas conclusiones para el enjuiciamiento de los hechos que no son vinculantes para el Juzgador. El perito informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de la experiencia de que él puede carecer, pero nunca le sustituye porque no se trata de un Tribunal de peritos o expertos, sino de una colaboración importante y no determinante por sí de la resolución judicial. El juez puede disponer de una prueba pericial plural y diversa y de ella habrá de deducir aquellas consecuencias que estime más procedentes” (S.T.S. de 26 de septiembre de 1990).

“La necesidad de realizar un informe pericial está condicionada a que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia de importancia en las actuaciones, sea necesario o

conveniente conocimientos científicos o artísticos, o practicar operaciones o análisis desarrollados conforme a los principios y reglas de una ciencia o arte” (S.T.S. de 20 de abril de 1990).

Las leyes procesales no establecen reglas especiales de **valoración de la prueba pericial**, por lo que ha sido la doctrina jurisprudencial la que ha venido perfilando el valor probatorio de la misma. Así, la Jurisprudencia de la Sala Segunda del T.S., ha reiterado que el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal rige también para la prueba pericial, señalando que los dictámenes periciales no vinculan en sus conclusiones a los Tribunales, salvo que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial o sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas, cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los Jueces.

El art. 458 de la L.E.Cr., refiere que *“el Juez se valdrá de peritos titulares con preferencia a los que no tuviesen títulos”*, y no establece una regla de valoración de la prueba, que impida al Tribunal apartarse de la opinión de los peritos titulados, pues ello *sería contrario a la convicción en conciencia del Juez* (art. 741 de la L.E.Cr.).

“Conocido es de todos el principio de libre apreciación de la prueba por el Tribunal de instancia que presidió su práctica, como consecuencia directa de los principios de inmediación y oralidad que rigen el juicio oral, acto culminante del proceso penal (art. 741 de la L.E.Cr.), que tiene su contrapeso en la obligación de motivación de la sentencia (art. 120.3 de la Constitución), que ha de extenderse no sólo a la calificación jurídica o aplicación de la ley a los hechos, sino también a las cuestiones fácticas, pues el texto de la resolución judicial ha de examinar las pruebas existentes y razonar sobre aquello que ha tenido en cuenta para la confección de su relato de hechos probados. (...). Tal principio de valoración de libre apreciación de la prueba se refiere a todos y cada uno de los medios utilizados en el proceso concreto de que se trate, debiendo el Tribunal valorarlos en su conjunto cuando hay varios sobre un mismo hecho, sin que a priori pueda concederse valor superior

a uno sobre otro, siendo el juzgador a quo, el que tuvo contacto directo con la fuente de la prueba, quien ha de valorarlos todos para conceder su crédito total o parcialmente al que, conforme a su criterio, más lo merezca. Y lo mismo ocurre con los dictámenes periciales, pues, aunque con ellos se aportan al proceso conocimientos científicos o técnicos que, por su especialidad, el Tribunal necesita que otros se los proporcionen, ello no obsta a que, pese a carecer de tales conocimientos especializados, tenga que valorar su corrección para aplicarlos al caso concreto” (S.T.S. de 22 de junio de 1993).

Ahora bien, el principio de libre valoración de la prueba no significa que el Juez o Tribunal puede apartarse infundadamente de las conclusiones de los peritos que le asesoran, por lo que la doctrina jurisprudencial ha señalado que el Juez puede incurrir en un error en la valoración de la prueba: *“Cuando, habiendo un solo informe de esta clase, o varios coincidentes, y no existiendo otras pruebas sobre el mismo hecho, bien se ha tomado dicha prueba de modo incompleto, mutilado o fragmentario, bien se ha prescindido de la misma de modo no razonable llegando a conclusiones divergentes, opuestas o contrarias a las expuestas por los peritos...” (SS.T.S. de 22/06/1993, con cita de las de 17/06/1998, 29/11/1989, 30/11/1990 y 17/02/1992).*

Por tanto, la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside, esencialmente, en el fundamento científico de sus afirmaciones, en la consistencia del juicio técnico emitido, la mayor o menor fundamentación y razón de ciencia, siendo prevalentes, en principio, aquellas afirmaciones o conclusiones periciales que vengan dotadas de una superior explicación racional y no en la condición, categoría o número de sus autores, aunque la doctrina jurisprudencial no olvida otros criterios auxiliares para la valoración de la pericia como el de la mayoría coincidente o el alejamiento al interés de las partes.

Siempre es posible que un Informe médico forense efectuado en el marco de un proceso penal sea llevado a un posterior proceso civil o contencioso-administrativo cuando las diligencias penales abiertas para investigar la imprudencia médica concluyen con un auto de archivo o con una sentencia absolutoria, resoluciones que eximen al médico o profesional sanitario de responsabilidad penal pero que generalmente dejan la puerta abierta al ejercicio de acciones por responsabilidad civil o patrimonial de la Administración. Es más, en la medida en que generalmente se incoan diligencias penales cuando hay un desgraciado suceso de resultado lesivo en el marco de la asistencia sanitaria, el obligado informe médico forense en estos casos tiene trascendencia no sólo en el estricto campo de la responsabilidad penal, sino en el marco de la posterior exigencia de responsabilidad civil o patrimonial. Por ello, es conveniente hacer también referencia a los criterios de valoración de los informes periciales utilizados en las jurisdicciones civil y contencioso-administrativa, criterios que son concordantes entre sí, dada la remisión que hace la Ley reguladora de esta última jurisdicción a la L.E.C. en cuanto a la regulación de los distintos medios de prueba, y que por otro lado son esencialmente coincidentes con los criterios de la jurisdicción penal. Así: *“Los Tribunales de instancia, en uso de las facultades que les son propias, no están obligados a sujetarse totalmente al dictamen pericial, que no es más que uno de los medios de prueba o elementos de juicio. No existen reglas preestablecidas que rijan el criterio estimativo de la prueba pericial (...), pues la prueba pericial es de libre apreciación por el Juez (...). El Juzgador no está obligado a sujetarse al dictamen pericial y no se permite la impugnación casacional de la valoración realizada a menos que sea contraria en sus conclusiones a la racionalidad y se conculquen las más elementales directrices de la lógica”* (S.T.S., Sala de lo Civil, de 2/10/1997, con cita de las de 13/02/1990, 29 de enero, 20 de febrero y 25 de noviembre de 1991).

En idéntico sentido se pronuncian otras muchas resoluciones al analizar el mandato del art. 632 de la L.E.C. que permite a los Tribunales apreciar la prueba pericial *“según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a sujetarse al dictamen de los peritos”*,

entendiendo la Jurisprudencia este principio valorativo de las reglas de la sana crítica como “*las elementales de la lógica humana*” (S.T.S. de la Sala de lo Civil de 3/07/1997, con cita de las de 10/03/1994, 3/04/1995, y 17/05/1995).

Señala la jurisprudencia que estas reglas sólo se infringen “*si el proceso de apreciación y fijación de sus resultados como determinantes del fallo a pronunciar, resulta viciado por arbitrariedad, incoherencia, contradicciones u omisiones manifiestas, que lo presenten plenamente ilógico y atentatorio frontal a los elementales principios que rigen los procesos deductivos, emanados de un actuar intelectual consecuente con el material examinado y trata de alcanzar y definir en conclusiones puntuales y precisas, cuando se atiende a dicha prueba, pues la misma no obliga y menos puede imponerse a los Tribunales*” (S.T.S. de la Sala de lo Civil de 13 de julio de 1995).

Así pues, a la prueba pericial que se practique en el proceso civil o contencioso-administrativo, (normalmente por insaculación), pueden unirse otras pruebas, y en concreto los informes periciales médico-forenses realizados en el proceso penal previo a aquéllos. En estos casos el médico forense no será propiamente el perito designado por el Juez, pero su informe elaborado para el proceso penal tendrá entrada en el posterior proceso civil o contencioso si alguna de las partes lo aporta (bien como documental, si no es impugnada, bien como testifical, mediante la ratificación del médico forense en su Informe), y su pericia será tenida en cuenta por el Juzgador civil o contencioso, junto con el resto de las pruebas practicadas *ex novo*. Así lo viene entendiendo la Jurisprudencia, que entiende que este tipo de informes vienen a ser una especie de pericia extrajudicial: “*Los Informes técnicos aportados con la demanda tienen el carácter de una pericia extrajudicial y pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal de instancia dentro de la apreciación conjunta de la prueba, pues el sistema jurídico español no es un sistema de pruebas únicas o tasadas*” (SS.T.S. de la Sala de lo Civil de 8 de junio de 1992 y de 10 de octubre de 1994).

Si bien en la práctica habitual en la mayoría de las ocasiones el encargado de la pericia viene siendo el médico forense, por iniciarse el procedimiento vía penal, desde diversos foros se viene solicitando el **concurso de peritos médicos especialistas** a la hora de emitir el informe pericial.

REQUERO (2000), Presidente de la Sección Cuarta de la Audiencia Nacional, sección que se ha convertido en referente judicial por daños en el sistema público al juzgar en primera instancia al Insalud, que por su rapidez en resolver se ha convertido en brújula para muchos servicios autonómicos de salud que aún no han fijado criterios, aporta ideas de enorme importancia en el tema que nos ocupa:

“En lo que se refiere a la actividad probatoria de la Administración el gran problema de este tipo de pleitos es la prueba. Es una de las tareas pendientes que tiene el legislador, no ya desde el punto de vista del proceso contencioso-administrativo, sino en general respecto de todos los procesos.

La prueba en general y en particular en el proceso contencioso-administrativo es desgraciadamente una materia que está hoy en día abandonada o descuidada. El ciudadano que tiene que accionar frente a un daño y que tiene que plantearse la posibilidad de soportar una prueba pericial, esa prueba tiene tres características para que sea válida: que sea un perito con la adecuada formación científica; que el perito esté revestido del requisito de la necesaria imparcialidad y el acceso a esa prueba desde el punto de vista de la carestía.

Muchas veces las listas de peritos son de muy pocos facultativos y siempre se tiene la duda de que concurren los requisitos de suficiencia técnica e imparcialidad. Puede haber especialidades en las que los médicos que han intervenido a la persona

que reclama sean superespecialistas y el perito no sabemos si tiene ese nivel de superespecialización, con lo cual se puede producir una situación de injusticia, pues la actuación profesional de un facultativo altamente cualificado queda a merced de lo que diga un perito que no sabemos si tiene ese nivel de formación científica.

Por eso creo, que desde el Ministerio de Justicia se arbitrasen medios para disponer de una prueba pericial que cumpliera ese triple requisito: accesibilidad desde el punto de vista de su coste, garantía de suficiencia técnica y científica del que la practica y garantía de la objetividad”.

Por otro lado, FERNÁNDEZ (2001), Juez Decano de Madrid confirma un clamor que ya parece ser unánime por parte de jueces y magistrados, que es la demanda de especialistas para elaborar las pruebas periciales: *“En mi experiencia como juez siempre he preferido a un especialista para hacer las pruebas periciales, es un tema de sentido común”.*

PELAYO (2001), entiende que *“deben admitirse los informes periciales de un médico que no sea especialista, pero, si concurre con un dictamen de especialista, este último debe prevalecer”.*

Viene siendo habitual encontrar resoluciones judiciales donde las pruebas periciales elaboradas por especialistas son la clave para condena o la absolución médica o de la Administración por responsabilidad objetiva.

Así, la Audiencia Provincial de Oviedo absolvió a un oftalmólogo de un delito de imprudencia. Aunque el forense apuntaba la existencia de negligencia, los magistrados otorgaban más valor al dictamen del especialista y lo hacían en los siguientes términos: *“La argumentación del especialista, con unos conocimientos más específicos, es más fiable que la versión del perito médico forense, así admitido por él”.*

Este planteamiento se recoge también por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso del fallecimiento de un paciente por septicemia rechazó el informe de un experto en valoración del daño corporal, precisando que *“no consta que el experto en valoración del daño corporal tenga la suficiencia técnica ni la experiencia que da ser un médico especialista y especializado en los tratamientos y en el tipo de intervenciones que se practicaron”*.

En el mismo sentido, se entiende que la experiencia clínica y el contacto diario con el ejercicio médico enjuiciado son claves en el informe pericial. Podemos citar una sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Gijón, en la que el fallo da validez a los informes del médico especialista en la materia por su experiencia y contacto diario y directo con el asunto enjuiciado. De modo concreto, la sentencia dice *“resulta esencial para la valoración de actuaciones profesionales la prueba pericial practicada por especialistas en la materia”*. La sentencia acepta la prueba pericial aportada por la defensa *“al ser prestados por médicos especialistas en la materia con muchos años de ejercicio profesional y en contacto diario y directo con los temas como el hoy debatido”*.

Así, FERNÁNDEZ DE AGUIRRE (-b- 2000), magistrado de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, entiende que son necesarios los especialistas para elaborar las pruebas periciales. Refiere que *“la justicia del orden contencioso examina el resultado producido, no la actuación del médico. Es una justicia del caso concreto y por ello necesitamos especialistas. Las pericias son determinantes para resolver nuestros asuntos y por ello necesitamos especialistas que nos desentrañen el caso clínico y la actuación médica”*.

SERRAT (2000), Decana de la Facultad de Medicina en Zaragoza y Profesora de Medicina Legal y Toxicología, en el congreso de Derecho Sanitario de Castilla y León comenta que *“las labores del forense, experto en Medicina Legal, y del especialista, son complementarias al elaborar el informe pericial. El informe pericial es imprescindible para investigar la actuación médica que estudia un tribunal; si tiene rigor es prioritario. Para informar técnicamente de la patología, es idóneo el especialista; en cambio para valorar el grado de diligencia del profesional en su actuación está el forense, experto en Medicina Legal, que tiene una visión de conjunto; la labor de ambos profesionales es complementaria”*.

Por su parte BOROBIA (2001) comenta que *“para elaborar pruebas periciales hay que tener la especialidad bien formada y acreditada, conocer el área médica y tener experiencia en la técnica pericial”*. Añade que *“hay que diferenciar lo que es un perito que domina la especialidad de otro que sepa lo que es propiamente la técnica propiamente pericial. Debe acreditarse una formación pericial. El perito de responsabilidad médica estudia el propio acto médico, la praxis médica, y para ello hace falta una persona que sepa de técnica pericial y que conozca el acto médico. La persona idónea tiene que ser un perito formado en responsabilidad profesional y especialista en la materia concreta; si le falta alguna de estas dos características tendrán que peritar dos personas. Uno sólo no lo puede hacer”*.

Y como resumen de la idoneidad o no del médico especialista a la hora de emitir informes periciales, REQUERO (2001), magistrado de la Audiencia Nacional, declaraba hace poco que *“el juez tiene la responsabilidad de dictar un pronunciamiento a partir de la apreciación de un perito del que desconocemos su experiencia o nivel técnico”* y abogaba por la dotación de un plantel de técnicos especialistas que den la *“suficiente garantía de imparcialidad y conocimientos técnicos”*.

Una vez establecida la función de los peritos y la valoración de la prueba pericial, pasamos a revisar el contenido de la prueba pericial en sí en caso de una presunta imprudencia médica. Para ello seguiremos a DE LA CRUZ RODRÍGUEZ (1999), quien define la *responsabilidad profesional médica* como la obligación que tienen los médicos de reparar y satisfacer las consecuencias de los actos, omisiones y errores voluntarios, e incluso involuntarios dentro de ciertos límites, cometidos en el ejercicio de su profesión.

Entiende el mencionado autor que la función de los peritos, ya se trate de una responsabilidad civil, penal o administrativa, consiste en el esclarecimiento de los requisitos de la responsabilidad profesional sanitaria, y de un modo general entiende que los peritos deberán realizar las siguientes funciones:

a) Valoración de la imprudencia o falta médica: El criterio rector de la actuación médica viene inspirado en la *lex artis ad hoc*, siempre referida al caso concreto, dadas las variedades de supuestos en función de las circunstancias concurrentes. Se trata de establecer si el médico ha cumplido con su obligación respecto a un enfermo determinado y si ha ejercido una actividad precisa y concreta destinada a diagnosticar el estado patológico del enfermo y a aplicar los medios terapéuticos adecuados a su caso.

b) Valoración del perjuicio ocasionado: sin cuya concurrencia, no puede hablarse de responsabilidad médica. Estos perjuicios puede sufrirlos el enfermo, los deudos del mismo (daños morales y económicos) o, incluso, un tercero (daños económicos).

c) Valoración de la relación de causalidad: causalidad sería el camino o proceso que conduce desde el hecho inicial a la situación presente, lo que traducido a

la acción médica equivale al puente existente entre el acto médico y la situación patológica o lesiva, denunciada como resultante de aquél.

Revisaremos la valoración de la actuación del médico, o sanitario en general, -junto a los aspectos relativos al funcionamiento del sistema sanitario globalmente-, la valoración de la relación causa-efecto entre su actuación y el supuesto perjuicio, para analizar posteriormente las cuestiones relativas a la valoración del daño.

1. Valoración de la actuación profesional en el ámbito de las distintas jurisdicciones.

La valoración de la actuación profesional en materia sanitaria *en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración*, es decir, en la **jurisdicción Contencioso Administrativa**, centra la cuestión esencialmente en determinar la existencia de una relación de causalidad entre el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el daño efectivo ocasionado a la persona o grupo de personas, víctimas del daño. En este sentido, la actividad del Sistema Nacional de Salud es una actividad de servicio público imputable a la Administración pública, sujeta en cuanto a los eventuales efectos dañosos de su funcionamiento a la Ley de RJAPPAC.

La responsabilidad patrimonial de la administración, al ser una responsabilidad objetiva, no requiere la existencia de culpa o negligencia en la acción dañosa, por lo que la *relación de causalidad* pasa a un primer plano en la pericial, como veremos posteriormente.

Por lo que respecta a la valoración de la actuación profesional en el ámbito de la jurisdicción civil, la **responsabilidad civil médica**, de acuerdo con el criterio sentado de forma reiterada y pacífica por la jurisprudencia del T.S., *“es una responsabilidad de carácter extracontractual en la que queda descartada toda clase de*

responsabilidad objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, siendo de cargo del actor tanto la probanza del daño como la culpa del demandado, así como el nexo causal entre uno y otra” (S. 6 de noviembre de 1990). *“La responsabilidad del agente se ha de basar en la proclamación de su culpa incontestable”* (S. 26 de marzo de 1986), *“la obligación del médico, y en general del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo como obligación de resultado, sino más bien una obligación de medios, es decir, está obligado a proporcionar al paciente todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia”* (S. 8 de mayo de 1991).

Y en el ámbito de la jurisdicción penal, en la **responsabilidad penal médica** el criterio que impera es también el de la obligación de medios, valorándose si el autor de un delito o falta culposa infringió con su actuación determinados deberes de cuidado o diligencia, con independencia del fin buscado, que resulta irrelevante para el tipo de estos delitos. Lo que interesa fundamentalmente es cómo actuó el autor, es decir, los “medios y cómo los utilizó”.

Por tanto, *el problema que se plantea* en la prueba pericial en materia de responsabilidad civil extracontractual y para la responsabilidad penal culposa es *común a ambas* y consiste en la determinación de *la adaptación del comportamiento del facultativo a la lex artis*, es decir, poner de manifiesto si el médico cumplió con su obligación de medios actuando de acuerdo con la *lex artis* de la profesión y con el debido deber de cuidado.

ROMEO CASABONA (1994) afirma que hay una gran proximidad conceptual entre la adaptación del comportamiento a la *lex artis* y el debido deber de cuidado, pero sin embargo no puede afirmarse que sean una misma cosa, de tal forma que *“aunque sigue siendo vigente el principio de vinculación del profesional a la lex artis, la infracción de la lex artis no supone todavía la infracción del deber de cuidado,*

aunque sí frecuentemente un indicio de ella, e, incluso, en ocasiones (situaciones atípicas), la vinculación a ese deber de cuidado puede requerir un alejamiento de la lex artis generalmente aceptada en el caso concreto”.

En relación al deber de cuidado, MENENDEZ DE LUCAS (1999), refiere que hay dos tipos de deber de cuidado: el deber de cuidado *subjetivo*, que se determina comparando la conducta del médico con la que debería haber tenido teniendo en cuenta su capacitación profesional; y el deber de cuidado *objetivo* consistente en analizar la conducta del facultativo en relación a un nivel general exigible a todo el que actúa en una determinada actividad médica, independientemente de sus capacidades personales. Aún con algunas objeciones (hay que averiguar en cada caso el “cuidado objetivamente exigible” y deja abierta la puerta de la impunidad al facultativo que, teniendo aptitudes profesionales extraordinarias, se limita a actuar como lo haría la mayoría), actualmente se sigue el criterio del deber de cuidado objetivo.

El concepto del deber objetivo de cuidado, comenta EXPÓSITO RUBIO (1999), es muy amplio, variable, dinámico y vinculado a la situación concreta con la que se enfrenta el facultativo. Por ello, la infracción del deber objetivo de cuidado que genere imprudencia punible ha de ser la exigida al profesional medio, debiendo examinarse si el facultativo incidió en conductas descuidadas que denotaran un proceder irreflexivo, si dejó de adoptar las cautelas de generalizado uso y si solicitó la práctica de las pruebas consideradas comúnmente como imprescindibles para llegar al diagnóstico correcto en el momento en que la observación clínica hizo necesaria su práctica.

En este sentido lo viene entendiendo el Tribunal Supremo: *“más allá de puntuales deficiencias técnicas o científicas, salvo cuando se trate de supuestos cualificados, ha de ponerse el acento de la imprudencia en el comportamiento específico del profesional que, pudiendo*

evitar con una diligencia exigible a un médico normal, de diligencia media por sus conocimientos y preparación, el resultado lesivo o mortal para una persona, no pone a su contribución una actuación impulsada a contrarrestar las patologías existentes con mayor o menor acierto si este arco de posibilidades está abierto a la actuación ordinaria de un profesional de la medicina”.

En la regulación de las imprudencias punibles actúa también como principio informador el principio general de intervención mínima, básico en el Derecho Penal, por lo que la infracción del deber objetivo de cuidado ha de ser la mínima exigible a un facultativo medio, sin que le sea exigible actuar por encima de sus colegas, y sin que, en consecuencia, pueda reprochársele no haber empleado más medios, más cuidado o más vigilancia que la requerida con arreglo a los protocolos generalmente admitidos.

Perfilando este criterio valorativo, la Jurisprudencia suele hablar no ya de *lex artis*, sino de *lex artis ad hoc*, es decir, que la conducta seguida debe ser comparada no con una teórica *lex artis*, sino con una *lex artis* aplicada al caso concreto. Así, suele entender la doctrina jurisprudencial por *lex artis ad hoc* “*aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de la actuación en el paciente, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la propia organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*” (S.T.S. de 11 de marzo de 1991).

Es por ello que el examen de la actuación médica, según DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, (1999) debe regirse por la denominada “Lex Artis ad Hoc”, que no es otra cosa que la traslación a este ámbito de responsabilidad del *concepto de diligencia* contenido en el artículo 1104 del C.C., y que se concreta en “*la prestación de todos los medios necesarios y posibles, de acuerdo con el estado de la ciencia y relativos a la especialidad médica a*

que corresponde el acto practicado” (S. 7 de febrero de 1990), “tomando en consideración el caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla y tenga lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional” (S. 29 de junio de 1990). “No basta una relación consecutiva causal, es decir, que a la intervención médica siga y sobrevenga la secuela para establecer la culpabilidad del agente, pues es necesaria la presencia y prueba del elemento subjetivo o intencional (la culpa) y que ésta se haga patente” (S. 7 de febrero de 1990).

A la hora de valorar las posibles infracciones al deber objetivo de cuidado del profesional de la medicina, en el dictamen pericial habrán de examinarse todas y cada una de las fases de la actividad sanitaria: anamnesis, examen y reconocimiento del paciente (con las pruebas precisas para la correcta diagnosis), diagnóstico, tratamiento o terapia y continuidad del mismo, ejecución, postoperatorio y vigilancia posterior del paciente.

Por otro lado, para determinar el cuidado debido en una concreta situación y la *lex artis* aplicable a la misma, habrá que proceder a situar a un colega del médico implicado, en el mismo supuesto en el que se encontraba éste. Debemos darle toda la información que poseía el interesado, más toda la información sobre el caso que pudiera haber obtenido un médico normal, así como los medios conocidos por la ciencia en el momento del supuesto, y sobre esa base el perito podrá ser útil al Juez para determinar si el autor del daño actuó correctamente o incorrectamente. Se puede afirmar que el médico que se ha sujetado a la *lex artis* en su actuación no habrá infringido el deber de cuidado, dada la estrecha relación existente entre ambos conceptos, a pesar de que la no sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del deber de cuidado.

Coinciden GALLEGO RIESTRA (1995) y DE LA CRUZ RODRIGUEZ (1999) en que lo que tiene una especial importancia es *“que el perito sea consciente*

de que su cometido radica en proporcionar al juzgador la información necesaria para poder valorar la conducta del enjuiciado, debiendo limitarse a indicar si con los datos que obraban en poder de aquél y con los que un médico de sus mismas características hubiera podido obtener, era posible actuar de forma distinta a como lo hizo, o si por el contrario la actuación del inculpado es acorde con las reglas de actuación que rigen en la profesión de acuerdo con los conocimientos técnicos que en el momento de los hechos tenía el mundo científico”.

La doctrina impone normalmente al paciente la prueba de la culpa o negligencia, pero hay que decir que son ya al menos cuatro los fallos del Supremo en los últimos años que, apartándose de dicho criterio, obligan al profesional a probar su inocencia en aquellos casos en que *“por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción o falta de cooperación del médico, ha quedado constatada por el propio tribunal.”* Así, se ha aplicado este criterio más reciente sobre *inversión de la carga de la prueba*, por ejemplo, en un caso en que de una reducción de una pequeña hernia muscular en el poplíteo de la pierna derecha se derivó una lesión del nervio peroneal derecho, con la consiguiente incapacidad del paciente para la flexión dorsal del pie.

Del análisis de la jurisprudencia se trasluce que el origen de la responsabilidad criminal médica no son errores de diagnóstico ni aún falta de extraordinaria pericia (al no ser exigible la infalibilidad), sino que la culpa estriba en un comportamiento inadecuado a determinadas exigencias y medios. En este sentido, ROMEO CASABONA (1994) concluye que el fallo o error técnico no supone necesariamente la infracción de la *lex artis*; que ésta no es inmutable ni única y, por tanto, ha de conciliarse con la libertad de método y su apertura a nuevas técnicas o procedimientos, aunque sean en un momento dado de minoritaria aceptación

científica; que la *lex artis* es válida únicamente para situaciones típicas, descritas en la literatura científica, pero no para casos excepcionales o atípicos.

En la pericia médica es preciso tener en cuenta que, además de la actuación del profesional, también es frecuente *tener que valorar las circunstancias que rodean la propia lex artis*, es decir, el conjunto de actividades que conlleva el paso de un enfermo por el sistema sanitario. Merece la pena reiterar la ya conocida doctrina jurisprudencial de la *lex artis ad hoc*: “*aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital de la actuación en el paciente, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la propia organización sanitaria-, para calificar dicto acto de conforme o no con la técnica normal requerida*” (S.T.S. de 11 de marzo de 1991).

En relación a las circunstancias de **tiempo**, la conducta debida del profesional sanitario será la exigida por el estado actual de la ciencia y práctica médicas al tiempo de realizarse la acción u omisión, sin que a aquél le sea exigible ser un avanzado de su tiempo; debiendo siempre hacerse referencia al grado de conocimientos y la evolución científica en el momento de la prestación del acto médico examinado.

En cuanto a las de **lugar**, habrá de tenerse en cuenta aquél en el que se presta la asistencia sanitaria, pues el deber de cuidado tiene un mayor grado de exigencia en un gran complejo hospitalario que en un Centro de una población rural. Al igual que tal exigencia se reduce en situaciones especiales de desastres o catástrofes en los que la asistencia médica tiene unas evidentes particularidades.

Especial tratamiento requieren determinadas actuaciones profesionales, que ya fueron comentadas en el capítulo de las causas de imprudencias médicas. Por

un lado la **medicina de urgencias** como posible causa de responsabilidad profesional sanitaria, y por otro lado, la **medicina en equipo**, es decir, la actuación profesional de varios facultativos de diferentes especialidades médicas o de profesionales sanitarios de distintas categorías (médicos, enfermeros, auxiliares clínicos, etc.).

También cabe contemplar en la prueba pericial aspectos relativos a la **organización del sistema sanitario público y a la adecuada dotación y gestión de los medios materiales y humanos**, entre otros. Aspectos como la masificación de asistencia sanitaria, la gestión de listas de espera, los cuidados de enfermería, la custodia de pertenencias, la adecuación y uso de medios técnicos, ya revisados en el capítulo de las causas de imprudencia médica y que omitimos aquí para evitar reiteraciones. En síntesis, se trata de tener que valorar la actuación de todo el sistema en un caso concreto y dilucidar si alguno de los pasos a los que ha sido sometido el paciente ha podido generarle un perjuicio. Y cada vez son más numerosas las sentencias judiciales que están condenando al Insalud, como responsable civil directo, por los daños causados como consecuencia del sistema sanitario.

Entre los actos médicos que son con mayor frecuencia motivo de reclamaciones se encuentra la **cirugía** que requiere para su correcta peritación el análisis de determinados elementos especiales (riesgo anestésico, juicio diagnóstico preoperatorio, técnica quirúrgica utilizada, circunstancias específicas del enfermo, cuidados post-operatorios, etc.).

2. Valoración de la relación de causalidad.

La cuestión primera y principal que se plantea en una peritación médico-legal en casos de reclamaciones o demandas de los usuarios de la asistencia sanitaria sobre supuestos daños para los sujetos de la misma es la de dilucidar si las secuelas y perjuicios son debidos a una actuación incorrecta de los facultativos que le han

asistido, a una actuación del sistema sanitario o si, por el contrario, responden a la evolución y consolidación clínica del propio proceso patológico que el paciente padece. Es lo que O'CALLAGHAN MUÑOZ (2002) dice muy gráficamente *“si la causa ha sido la naturaleza o una actuación humana”*.

En otras palabras, en los delitos o faltas de imprudencia siempre es precisa la existencia de un resultado (muerte o lesiones), que siempre es un requisito de tales ilícitos penales, y que ha de ser consecuencia de la infracción del deber de cuidado, es decir, ha de existir una relación de causa a efecto entre esta infracción y el daño físico producido. Esta relación de causalidad constituye uno de los ejes de la actividad probatoria que ha de determinar si el resultado lesivo se produjo a consecuencia de una acción u omisión infractora del deber de cuidado.

En la prueba de la relación de causalidad es de gran importancia tratar de precisar hasta qué punto ha influido la actuación médica como causa única o bien como determinante, precipitante o agravante del daño y en qué grado. Para ello se tratará de demostrar que el hecho que se enjuicia ha producido las lesiones de manera evidente o de modo lógico (prestando aquí eficaz ayuda al Juez, al analizar la patogenia o mecanismo de producción de unas lesiones determinadas), y posteriormente se analizará el nexo causal entre lo que BROUSSEAU y ROUSSEAU (1983) llaman el polo inicial o lesión y el polo terminal, representado por el daño corporal permanente, que se manifiesta en las secuelas.

Para ello, hay que fundarse en los **criterios habituales definidores o exigibles para que se considere probado el nexo de causalidad**: topográficos, cronológicos, fisiopatogénicos, clínicos, continuidad evolutiva, además de verosimilitud, realidad y certeza diagnóstica, amén del criterio de exclusión, que consiste en excluir o anotar otra posible causa del daño sufrido. En función de la doctrina de la equivalencia de las causas, la exclusión ha de ser total. Y ello es

cuestión de gran importancia, ya que será al perito a quien le será formulada la pregunta de si la actuación fue o no una causa eficiente de los daños consiguientes. (LACHICA, 1997).

ESBEC (1997) insiste asimismo en la importancia del establecimiento de la relación de causalidad, que a veces puede apreciarse con claridad como directa, pero en otras ocasiones existen causas múltiples, o las causas resultan dudosas. La presencia frecuente de concausas hace difícil establecer a veces una clara, unívoca y directa relación de causalidad. Hace referencia a las teorías de la causa próxima (que se despreocupa del estado anterior de la víctima y entiende que el evento que se enjuicia, que es el hecho más próximo al daño, es -en última instancia- el causante del resultado final), la teoría de la equivalencia de las causas (regida por el principio de que no puede hacerse ninguna diferenciación entre los distintos antecedentes que pueden confluir a un resultado dañoso, teniendo todos el rango de concausas, ya que “quien es causa de la causa es causa del mal causado”), y la teoría de la causa adecuada (que tiene en cuenta todo el sistema de concausas y tiende a puntualizar en qué medida el hecho que se enjuicia ha contribuido al resultado final y en qué medida otras circunstancias fortuitas, ajenas al comportamiento o motivaciones del agente, o no previsibles, determinan el resultado del daño).

En el campo pericial forense se definen como concausas aquellos factores extraños al comportamiento del agente que se insertan en el proceso dinámico, de modo que el resultado es diferente del que era de esperar dada la naturaleza de dicho comportamiento. La diferencia entre causa y concausa estriba en que la primera es necesaria y suficiente en la producción del daño, mientras que la segunda es necesaria en el caso concreto, pero carece de suficiencia, y entre ellas se distinguen concausas preexistentes (o estado anterior), simultáneas, y subsiguientes (o

complicaciones). Su importancia es especial en la génesis, mantenimiento, evolución y grado del daño psíquico.

DÍEZ PICAZO y GULLÓN (1992) distinguen asimismo en este sentido la existencia de varias tendencias: la de la equivalencia de las causas o de la condición “sine qua non”, y la que destaca, dentro del conjunto de antecedentes, uno o varios para conceptuarlos como causa del resultado. La posición de los autores varía cuando se trata de establecer el criterio con arreglo al cual ha de procederse a dicha selección:

a) En la teoría de la causalidad adecuada de VON KRIES el daño debe asociarse a aquél antecedente que, según el curso normal de los acontecimientos, ha sido la causa directa e inmediata. Todos los demás son periféricos y por tanto irrelevantes a efectos de atribución de responsabilidad. Por ello una persona responde del daño producido sólo en el caso de que su conducta culposa haya tenido ese carácter de causa adecuada o causa normalmente generadora del resultado (DE ANGEL YAGÜEZ, 1990).

b) La teoría de la causa próxima entiende que el hecho más próximo al daño debe considerarse como su causa.

c) La teoría de la causa eficiente considera que el hecho más eficiente es el decisivo, aunque las teorías sobre la eficiencia son discrepantes, pues o bien se detecta en el hecho más activo o en el que tiene en sí mismo la fuerza para producir el daño tal como se ha dado.

Según FIORI (1997), se trata de estudiar metodologías que se fundan en el presupuesto de que la legislación se base en un principio de causalidad, que en Italia es la condición “sine qua non”, que se encuentra en la base de toda la legislación de ese país.

En el análisis sobre el nexo causal, en realidad, las hipótesis principales son, obviamente, dos: la afirmación de la relación causal, o bien, su exclusión. Y cualquiera de estas dos hipótesis alternativas admiten aún dos fórmulas principales subordinadas de respuesta.

La afirmación del nexo causal, que es realizable sólo después de un criterio de probabilidad científica, puede recoger un racional nivel de prueba sobre dos niveles diversos de respuesta etiológica: el nivel de certeza (principio de certeza) y el nivel de probabilidad, que a su vez se distingue en probabilidad lógica y probabilidad estadística que no son excluyentes, sino que pueden ser complementarias.

Y la exclusión del nexo causal puede ser precisa y taxativa, o bien más frecuentemente, puede ser expresada en términos de elevada improbabilidad o insuficiente probabilidad.

La doctrina del T.S. era favorable al arbitrio judicial, que ha de establecer el nexo causal inspirándose en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad dentro del encadenamiento de causas y efectos (SS.T.S. de 25/2/33, 11/7/41, 22/10/48, 15/4/64, 30/12/81). Aunque afortunadamente esta discrecionalidad se encuentra muy atenuada por otra doctrina jurisprudencial según la cual no cabe en el terreno jurídico estimar como no eficiente la causa que, de modo indubitado, prepare, condicione o complete la acción de la causa última, actuando tales concausas como mediata o inmediatamente organizadoras del evento dañoso, que, por su acción conjunta se produjo (SsTS de 18/10/79, 4/6/80, 23/9/88).

En principio se basó la causalidad en la equivalencia de las causas o “conditio sine qua non” que, desde que fue propuesta por Glaser y aplicada en Alemania por Von Buri, ha sido la doctrina seguida por el T.S. durante mucho tiempo basándose en el principio de “versare in re ilícito”, es decir, el que realiza una acción ilícita es responsable de todo el daño de ella derivado.

El criterio actual del T.S. sigue las directrices de la Sentencia de 20/5/84, que aplica la teoría de la “causa adecuada” o “imputación objetiva”. Según la doctrina de la citada sentencia hay que establecer que la causa sea adecuada para producir el daño, y no basta con establecer el nexo causal en el sentido de la “conditio”, sino que hay que añadir la relevancia jurídica, pasándose de una causalidad material a una jurídica. Dicha tendencia aparece muy bien clarificado en las SS.T.S. siguientes.

En la S.T.S. de 31/10/87 (Sala de lo Penal) se establece que *"Es también indispensable que, entre el comportamiento del mentado agente y el resultado producido, medie un nexo causal, de tal modo que aquél haya sido el acelerante o determinante de éste. Tiempo ha que esta Sala abandonó la teoría de la equivalencia de las condiciones o "conditio sine qua non", debiéndose el referido abandono no sólo a los reproches doctrinales sintetizados en la frase "regresus in infinitum", sino también al peligro de que una teoría irreprochable y correcta desde el punto de vista lógico, sirviera no sólo para determinar la existencia o inexistencia de la causalidad entre la acción y el resultado, sino también para inferir la culpabilidad del sujeto activo, cuestiones que no es preciso insistir que son dispares o diversas y se hallan en distinto plano; una vez repudiada, aunque no totalmente la teoría de la equivalencia de las condiciones, este Tribunal se ha inspirado en criterios de causación adecuada, de causalidad eficiente, de causación típica relevante, sin olvidar el dominio del acto, condensando todas estas doctrinas en la exigencia de que el resultado sea la consecuencia natural, lógica y racional del comportamiento del agente.*

Sin embargo, y aún en la época de mayor florecimiento de la teoría de la equivalencia, esta Sala, y no es necesario citar sentencias, las cuales se remontan a la década de los años treinta, admitía que se pudiera producir la ruptura o truncamiento del curso causal por la interurrencia o interferencia de accidentes extraños, por la acción de terceros, por la malevolencia dolosa del ofendido o por errores palmarios, de diagnóstico o terapéutica, de los facultativos encargados de velar por la curación del lesionado, agrandándose y agravándose la índole de las heridas, o culminando el curso de estas en fallecimiento merced a causas completamente extrañas al quehacer del agente o a su intención exteriorizada a través a dinámica y de los medios agresivos de que se valió”.

En la S.T.S. de 13/7/87: *“Ha de seguirse, como ha venido a hacer la Sala de apelación, la doctrina de la adecuación, que atiende por un lado, al postulado de la tipicidad o a la aptitud general de la causa para la producción de las consecuencias de la clase dada, es decir, a la denominada adecuación, y por otro, a determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si por el contrario queda fuera de este posible cálculo. Sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, está en relación causal con ella y ha fundamentado el deber de indemnizar”.*

En cualquier caso, todas estas consideraciones son fundamentalmente jurídicas, y lo que debe quedar claro es que el perito debe conocer el estado de la cuestión para orientar sus informes y, en cualquier caso, debe aclararse hasta el límite de lo posible si el hecho analizado ha sido el único responsable de los resultados finales o, en caso contrario, en qué proporción o con qué importancia ha incidido, desde el punto de vista médico, en el daño causado.

Todo ello suscita en la práctica, con gran frecuencia, importantes problemas, pues si bien a veces es claro y directo el nexo causal, en muchas ocasiones tal lazo es supuesto y han de interpretarse cuantas circunstancias y

antecedentes puedan conseguirse para tratar de reconstruir la relación causal entre hecho y daño.

Con gran frecuencia, al no haber controlado el perito las lesiones iniciales y su evolución hasta pasado a veces un largo tiempo, la información que se le transmite puede no ser exacta y debe completarse con el examen e interrogatorio oportuno y por cuantos datos, informes o aportaciones puedan serle de utilidad, todo ello indispensable para establecer conclusiones y fundamentar el informe final. Debe obviarse la ausencia de los partes de asistencias, de bajas o altas, o la emisión de certificados librados secundariamente, y que son tanto menos fiables cuanto mayor haya sido el tiempo transcurrido desde la fecha del traumatismo.

En otros casos, no escasos, en los que no existe siquiera lógica en el desarrollo evolutivo para llegar al daño objetivable, y no existe prueba del nexo causal, el perito médico debe dejar sentada su duda sobre el particular, sin que deba salir de su papel de técnico.

La duda desemboca en la aplicación de una norma de causalidad que debe quedar en el dominio del jurista, si bien debe conocerse la diferencia entre la noción de duda en el plano jurídico y en el médico, y a tal respecto:

a) Desde el punto de vista *jurídico* se puede decir que la duda tiene un aspecto negativo pues si hay duda, no hay prueba, y si no hay prueba, no hay consecuencia posible. Sin embargo, en la práctica, ello constituye una normativa de gran utilidad, por cuanto se evitan abusos incalculables que se darían si no fuera exigible la prueba referida.

b) En el dominio *médico* la duda tiene connotaciones positivas, en el sentido de que orienta la actividad del médico poniéndole en acción y, de hecho, el diagnóstico, el pronóstico, las respuestas terapéuticas y, en general, todo el quehacer médico reposa frecuentemente más en dudas que en certezas o, para ser más exactos, en probabilidades, y ellas son las que condicionan las actuaciones facultativas en gran número de ocasiones.

Además de *la actuación médica en sí misma*, es necesario tener en cuenta que los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pueden ser debidos también a *la actuación del sistema sanitario*. Así, las peculiaridades del trabajo en equipo, la problemática organización de las instituciones sanitarias, la gestión de las listas de espera, así como la utilización de alta tecnología unida a la difícil valoración de las adecuadas dotaciones de medios técnicos, añaden un punto más de dificultad a la hora de la determinación de las posibles responsabilidades en el mundo sanitario actual.

GISBERT CALABUIG (1998) propone para la peritación médico-legal, al menos, los siguientes pasos:

1. *Antecedentes del caso: personales y familiares, motivación médica de la intervención o actuación imputada, evolución, intervención de otros facultativos y tratamientos previos de éstos.*

2. *Naturaleza de los actos médicos a los que se atribuyen las consecuencias lesivas, analizados a través de los documentos clínicos producidos en el curso de la asistencia.*

3. *Con todo lo anterior, se procede a plantear el problema situándolo entre los dos extremos posibles: que el daño presente en el enfermo haya sido causado por la acción médica o que esta acción médica no haya tenido ninguna intervención en el perjuicio alegado por aquél.*

4. *Análisis del caso, en función de las dos hipótesis, a través de todos los datos recogidos en los apartados anteriores.*

5. *Conclusiones. Deben tratar de establecer la relación de causalidad a tres niveles:*

a) *A nivel de la propia acción médica, determinada por medio de los documentos clínico-asistenciales (historia clínica).*

b) *A nivel de las alegaciones (espontáneas o provocadas por el interrogatorio clínico) del sujeto pasivo de la falta médica.*

c) *A nivel de las comprobaciones y estudios personales llevados a cabo por el perito.*

El perito, una vez reunidos estos elementos de prueba, debe establecer las correlaciones existentes, en su caso, entre las lesiones denunciadas y sus propias constataciones. De ello deducirá la existencia o ausencia de la relación de causalidad alegada que resuelva de forma definitiva el problema médico-legal planteado.

Cobra especial relevancia la *valoración del nexos causal* en la prueba pericial de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, puesto que a través de ella habrá que establecer que las secuelas son debidas a la actuación de los profesionales sanitarios o al funcionamiento del servicio sanitario, y no a la mera evolución del proceso patológico.

Por otro lado, en esta materia es decisivo definirse sobre el supuesto de *fuerza mayor* como causa de exclusión de la responsabilidad administrativa, especialmente en el ámbito de la prestación y el tratamiento sanitario. El criterio predominante actualmente es el de que hay fuerza mayor cuando, aunque se hubiera previsto el riesgo, éste habría sido inevitable, unido ello al carácter de causa extraña al margen o fuera de la empresa o servicio y de los acontecimientos que deben preverse en el curso normal de la actividad. Siguiendo esta tesis el T. S., en su sentencia de 5

de junio de 1991 distingue entre los daños derivados de la propia enfermedad, y aquellos que se generan como consecuencia del tratamiento, y dentro de éstos últimos vuelve a distinguir entre aquellos que son inherentes al propio tratamiento y que se producen de modo necesario, de aquellos otros que la actividad terapéutica produce cuando no se ha aplicado el tratamiento correcto. GORNEY (1997) define el «riesgo inherente» como aquel resultado desfavorable que ambos, médico y paciente, reconocen y aceptan de antemano como posibilidad, frente a la «complicación», que es aquel resultado desfavorable que sorprende a ambos, ya que ni el médico ni el paciente lo esperaba.

Y otros problemas relativos a la relación de causalidad, como refiere EXPÓSITO RUBIO (1999), son la relevancia de otros factores ajenos a la acción u omisión del profesional sanitario en la producción del resultado. Así, la colaboración o no del paciente en el seguimiento del tratamiento puede plantear una eventual concurrencia de culpas. De la misma forma habría que considerar los supuestos en los que intervengan acciones u omisiones de varios médicos o profesionales sanitarios, o incluso de terceros (fabricantes, técnicos de aparatos...). En todo caso, y puesto que el informe pericial se circunscribe al plano de la pura causalidad material, la prueba de la relación de causalidad en el estado actual de la medicina no plantea especiales complejidades de prueba.

3. Valoración del daño.

Para que un médico o sanitario (o el sistema sanitario) incurra en responsabilidad, viene a decir GISBERT CALABUIG (1998), es necesario que la actuación profesional haya ocasionado *daños o perjuicios* apreciables a otra persona, pudiendo ser sujetos pasivos de tales daños o perjuicios el propio enfermo (perjuicios que pueden ser somáticos, pecuniarios o morales), los deudos del enfermo (de orden moral o económico) o, incluso, un tercero (también pueden ser perjuicios a terceros o económicos).

No obstante esta formulación genérica, hay que recordar que la responsabilidad penal profesional por delito o falta imprudente *“requiere un resultado previsto en el C.P., y no sólo la producción de un perjuicio cualquiera, por importante que sea”*. Así, explica MONTERO JUANES (1997), *“se puede decir que no serán delictivas las acciones que no causen la muerte, el aborto del feto, la pérdida o inutilidad de un miembro o sentido, la impotencia, esterilidad, grave deformidad o grave enfermedad somática o psíquica, así como cualquier lesión que menoscabe la integridad corporal o la salud física y mental del sujeto, siempre que la lesión requiera objetivamente para su curación, además de una primera asistencia facultativa, un tratamiento médico o quirúrgico”*.

Si bien es cierto, como dice VILLANUEVA CAÑADAS (1997), que la valoración del daño es fundamentalmente civil, *en el proceso penal* -en nuestro caso, por lesiones derivadas de negligencia médica- la valoración de las secuelas tiene como objetivo primario la calificación penal y el establecimiento del tipo, aunque de ahí se derive una responsabilidad civil.

Debe recordarse que el informe pericial tiene una especial relevancia en la *valoración de los resultados debidos a las lesiones a efectos de la calificación penal*. El perito debe conocer en qué ámbito se mueve y qué se busca en cada caso. En el ámbito penal habrá que estar a todos los requerimientos de la declaración de sanidad, además de la evaluación del daño corporal.

Dentro del concepto de daño, O'CALLAGHAN (2002) distingue tres grupos. En primer lugar define los *daños personales*, en los que se incluyen los atentados a la vida y a la integridad física. En segundo término, los *daños materiales*, consistentes en el daño emergente y el lucro cesante. Por último, los *daños morales*, consecuencia del daño personal o material, que suponen tanto el *pretium doloris* como

el daño moral material por la pérdida de un objeto querido. Para este autor el precio del dolor tiene dos componentes: el dolor médico por las lesiones, tratamiento, secuelas y dolor futuro, y el dolor efectivo que incluye el dolor por la pérdida de seres queridos y la incertidumbre de sobrevivencia y alteraciones físicas de ese ser querido.

El daño corporal, según HERNANDEZ MORENO (1994), debe indemnizarse en su totalidad y en él hay que distinguir dos grandes componentes: patrimonial y extrapatrimonial. El patrimonial a su vez comprende el daño emergente, que es el coste de la lesión (que abarca gastos médicos de asistencia, curación, rehabilitación, etc., así como traslados, transporte, dieta y viático, y posible ayuda de tercera persona) y el lucro cesante, que es lo que se ha dejado de percibir (que a su vez comprende la pérdida de capacidad productiva o ganancial -laborativa genérica y específica- y la no ganancial, que es la capacidad proyectiva de la personalidad -social, doméstica, deportiva, artística, sexual, infantil, juvenil, etc.). El daño extrapatrimonial abarca los sufrimientos -"quantum doloris"-, tanto morales como físicos y el daño estético.

La valoración del daño, según BOROBIA FERNANDEZ (1989), encierra un *doble aspecto médico y jurídico*. De un lado la evaluación de la secuela y el grado de limitación que ésta ocasiona es un proceso fundamentalmente clínico, mientras que la valoración económica de la secuela, es decir, la reparación patrimonial del daño (o la calificación de la lesión), es una labor administrativa o judicial.

Con independencia de los daños o perjuicios económicos o de otro orden que puedan derivarse de la actuación de un sanitario o de un sistema sanitario, al perito forense lo que interesa esencialmente es el perjuicio somato-psíquico

(agravación, complicaciones, trastornos más o menos graves, e incluso la muerte). Dicho perjuicio tendrá su origen en la causación de alguna lesión.

La primera división que debemos establecer desde un punto de vista médico legal es entre lesiones mortales y lesiones no mortales, llamándose a estas últimas simplemente *lesiones*.

Desde un punto de vista médico GISBERT CALABUIG (1998) define la *lesión* como toda alteración anatómica o funcional ocasionada por agentes externos o internos. En términos más detallados, RODRÍGUEZ JOUVENCEL (1991), desde un punto de vista biológico, define la lesión como cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien lo sufre, o simplemente limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional.

Es importante tener en cuenta que, a efectos de valorar el daño real resultante, y según el último autor referido, las lesiones corporales iniciales no pueden ser valoradas hasta que finalizan su evolución, característica propia de los daños biológicos. La lesión primitiva puede curar completamente o puede ocasionar un estado residual definitivo que es lo que se conoce con el nombre de *secuela*. Dicho estado definitivo se alcanza cuando ya no cabe esperar cambios anatómicos o funcionales significativos y no resulta útil cualquier terapéutica que pretenda una mejoría. Esta fase se conoce como *de consolidación* de la lesión y supone la frontera entre un proceso activo y un proceso que ya se ha convertido en crónico, siendo ya inoperantes los tratamientos curativos.

La *secuela* es definida por PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ (2001) como “*el resultado de una lesión física o psíquica no susceptible de mejoría o*

tratamiento”, que se manifiesta a nivel anatómico, funcional, estético, psíquico o moral, menoscabando o modificando el patrimonio biológico del individuo.

Por lo tanto, secuela y consolidación del proceso lesional serían términos equivalentes. Son definidos por la Asociación Médica Americana como “*una anomalía anatómica o disminución funcional que permanece después de una rehabilitación llevada al máximo y cuya anomalía o disminución funcional considera el médico como estable o no progresiva en el momento de hacer la evaluación*”. A su vez, este concepto sería lo mismo que “*menoscabo permanente*”.

En definitiva, el concepto clave a la hora del establecimiento de las secuelas definitivas es *la falta de evolución del proceso*, siendo la consolidación el momento a partir del cual se debe realizar la valoración del daño sufrido por una persona a consecuencia de alguna lesión.

Por otra parte, según GISBERT CALABUIG (1998) el daño puede ser *actual*, con respecto al momento de la evaluación, o bien tratarse de un daño *pronosticable*, que se concretará en el porvenir. En el segundo caso, el pronóstico de daño puede ser absolutamente cierto y motivado, en cuyo caso hablamos de *daño futuro*, el cual, cuando se trate de consecuencias directas del hecho ilícito, implica derecho a resarcimiento, por lo que debe ser evaluado. Por el contrario, cuando el pronóstico esté subordinado por completo a que se concreten situaciones que pueden darse o no, hablamos de *daño eventual o potencial*, consecuencia indirecta del hecho ilícito y, por ende, no indemnizable ni evaluable.

La evaluación del daño a las personas no es tarea sencilla habitualmente. Entre los factores que se citan como determinantes de su *complejidad*, PÉREZ PINEDA y GARCÍA BLÁZQUEZ (2001) distingue fundamentalmente los siguientes:

- Factores *médicos*. Entre los cuales cabe contemplar la diversidad de criterios diagnósticos y terapéuticos, la variabilidad en el concepto de normalidad de aparatos y sistemas y la falta de criterios estandarizados que permitan objetivar el daño personal, especialmente en cuanto a lesiones estéticas, psíquicas y morales.

- Factores *personales*. Como la distinta susceptibilidad al dolor y a las lesiones que tienen los distintos sujetos, así como las variaciones en sus circunstancias familiares, laborales y personales.

- Factores *legislativos*, toda vez que no hay criterios uniformes.

Sistemática a seguir en la evaluación del daño

Por lo tanto, la tarea pericial en la evaluación de la lesión personal consiste en determinar la reducción que ha significado en la validez del sujeto, tanto en lo concerniente a su capacidad laboral genérica como en la específica, como, en su caso, en la vida de relación y daños morales.

La metódica que GISBERT CALABUIG (1998) propone a estos efectos es la siguiente:

1. *En primer lugar, hay que fijar objetivamente la/s secuela/s resultante de la lesión, tanto en sus aspectos anatómicos como funcionales.*

2. *En segundo término habrá que establecer (si no ha quedado hecho a propósito de la evaluación penal) la relación de causalidad entre el hecho ilícito, la lesión y la secuela, que es su consecuencia. Se plantean aquí vivamente los problemas derivados del "estado anterior", que pueden ser el origen real del estado residual, con exclusión de la lesión propiamente dicha.*

3. *Habrá que establecer también si la secuela tiene un carácter definitivo o, por el contrario, deben esperarse modificaciones del estado del lesionado, favorables o desfavorables, progresivas o intermitentes. Un ejemplo de las últimas lo constituye la necesidad de retirar material quirúrgico en el lesionado.*

4. *Evaluación propiamente dicha del estado residual.*

Existen unos extremos, perfectamente reflejados como fases de la pericia médica por R.JOUVENCEL (1991), que siempre deben quedar reflejados en el informe pericial, que marcan *los aspectos más relevantes a considerar en esta sistemática:*

1. *Duración de la incapacidad temporal.*

Esta fase se extiende desde la lesión hasta la consolidación definitiva, debiendo la valoración tener en cuenta el tiempo durante el que el paciente ha precisado asistencia médica y el tiempo que ha perdurado la incapacidad laboral.

2. *Momento de consolidación.*

Se inicia esta fase con el establecimiento de la secuela.

3. *Descripción de las secuelas.*

Esta tercera fase consta a su vez de una serie de valoraciones que deben efectuarse sobre la situación consolidada del lesionado:

3. 1. *Apreciación del menoscabo permanente.* Se trata de valorar la existencia de algún menoscabo funcional y orgánico, así como el grado de incapacidad respecto a las esferas de la vida personal y laboral.

3. 2. *Estimación del dolor y sufrimientos soportados (pretium doloris).* Incluye los sufrimientos físicos y morales soportados por la víctima. Se impone la necesidad de cuantificar el tiempo e intensidad de este dolor moral, que cuando es residual y crónico suele incluirse dentro del concepto de menoscabo permanente.

3. 3. *Perjuicio estético.* Es el conjunto de deformaciones experimentadas por la víctima tras una lesión física e incluye las cicatrices y las modificaciones

morfológicas o pérdida de sustancia de un órgano o estructura anatómica con o sin repercusión funcional.

3. 4. Finalmente, la valoración del perjuicio del ocio, como aquel que implica una privación de las actividades de placer de la vida, causado por la imposibilidad o dificultad de realizarlas.

Cuando la peritación tiene lugar en un proceso penal, como se señaló anteriormente, a lo anterior hay que añadir aquellos aspectos que colaboran a la calificación de las lesiones, como son, fundamentalmente, la descripción de la lesión primitiva, el tratamiento que requirió para su curación y los aspectos referentes a su mecanismo de producción y dinámica, aparte de la relación causal y eventual participación de concausas.

Fiabilidad de la evaluación del daño: métodos para objetivar la valoración.

Para dotar de fiabilidad la evaluación del daño (esto es, iguales resultados ante mismas condiciones y sujeto de evaluación independientemente de la subjetividad del evaluador), se vienen realizando desde hace muchos años intentos de objetivación del daño a través del establecimiento de métodos al efecto. El problema fundamental es la traducción de las disminuciones anatómicas y funcionales (más fácilmente objetivables) a una cifra, una cuantificación, que exprese el déficit global sufrido en la capacidad personal. Recogiendo esta preocupación, se produjo la Resolución 75/7, de 14/03/1975 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

Hasta la actualidad, se han propuesto numerosísimos métodos para tratar de objetivar el daño corporal, sobre todo en la doctrina francesa. BOROBIÁ (1989) distingue los siguientes:

Sistema. Consiste en un método de evaluación del daño corporal basado en la libre apreciación del perito, sin que intervenga la aplicación de una regla o criterio predefinido. Este método tiene como inconvenientes fundamentales la alta subjetividad que permite al evaluador, y que los informes de éste no utilizan una terminología estandarizada.

Grupos de asignación. Se trata de un método consistente en relaciones de secuelas a las que se les asigna un determinado valor. Es el método que seguía el baremo español establecido por la Resolución de 1 de junio de 1989 de la Dirección General de Seguros, por la que se aprobaba el baremo de indemnizaciones de los daños corporales a cargo del Seguro de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos a motor, de suscripción obligatoria. Se trata, sin duda, de uno de los baremos más criticados por nuestra doctrina por ser de difícil comprensión y manejo para el no profesional de la medicina. La falta de procesos obliga al perito a realizar homologaciones dentro de las categorías existentes, lo que produce una gran pérdida de objetividad.

Baremo. Este método consiste en la aplicación de un conjunto de normas establecidas convencionalmente. La mayoría de los autores (donde queda excluido MÉLENNEC) se inclinan por establecer valoraciones porcentuales de la reducción experimentada en las capacidades fisiológicas respecto a la situación anterior de la lesión que se cifra en el cien por cien. MÉLENNEC (2000) critica este criterio como aberrante e incluso nocivo considerando que cuando se trata de valorar una incapacidad fisiológica, no puede emplearse la pretendida tasa del 100%. Incluso para enfermedades muy graves esta tasa no existe; corresponde a la muerte. Los baremos fisiológicos deben pues ser revisados según una nueva escala, que irá desde la enfermedad más benigna (1%) a la más grave (99%).

La pérdida es recogida mediante tablas que agrupan factores anatómicos y anatómico-funcionales de cada aparato o sistema, combinándose cada pérdida porcentual con las del resto de órganos para obtener un valor "de pérdida global". Ejemplos de este tipo de tablas son las Guías para la Evaluación del Menoscabo Permanente de la Asociación Médica Americana, el Baremo Oficial Belga de Invalideces o el Baremo Internacional de las Invalideces post-traumáticas de MÉLENNEC. En España, el baremo que más se está utilizando es el contemplado en el Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre, de "Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor" (El Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación), que tiene no solo carácter oficial, sino también vinculante para el juzgador a efectos de la indemnización de las secuelas resultantes de accidentes de tráfico. Su antecedente inmediato fue el baremo recogido en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de 5 de marzo de 1991.

La conveniencia o no de un baremo.

La búsqueda de un baremo ideal, como refiere GALLEGO RIESTRA (1995), viene marcando la evolución de la doctrina desde hace muchos años.

Sin embargo, no faltan *críticas* hacia los mismos, así RODRIGUEZ JOUVENCEL (1991) afirma que las soluciones que buscan los baremos son genéricas y apriorísticas, sin considerar aspectos concretos individuales; cada autor ha intentado confeccionar su propio baremo, *"señal inequívoca de que ninguno es bueno ni útil para cumplir el fin que en principio parece que deberían perseguir. Su falta de objetividad se pone de manifiesto por la amplitud de las horquillas y por las diferencias de valoración en unos baremos y otros de la misma lesión"*. MARANZANA (1975) afirma que *"ningún baremo puede cubrir todas las lesiones posibles, por lo que sigue habiendo ocasión de que el Perito aplique la discreción de su juicio. En todos los casos el Perito debe tratar*

de apreciar con exactitud el daño anatómico y funcional, a fin de que, a la luz de la experiencia y el precedente, pueda integrarlo en el porcentaje de la capacidad teórica total de trabajo del individuo sano”.

Frente a tales críticas, RUIZ VADILLO (1993) antepone la realidad de la disparidad de criterios judiciales en orden a las indemnizaciones por pérdidas de la vida humana o por daño corporal, concluyendo que *“lo mejor es enemigo de lo bueno y, como siempre, el refrán tiene razón”*. Este autor pone el acento en las ventajas que conlleva el uso de baremos y que pueden concretarse en la búsqueda de un sistema lo más perfecto posible, tratando de que en ellos domine la certeza, el equilibrio y la proporcionalidad.

La necesidad de un baremo viene impuesta no sólo por razones de igualdad, sino también, especialmente, a fin de *desjudicializar las reclamaciones de los usuarios en el mundo sanitario*, al facilitar los acuerdos extrajudiciales desde el momento en que el baremo establezca unas cuantías indemnizatorias que sirvan de referencia para las negociaciones entre las partes.

En este sentido, SOTO NIETO (1995) y RUIZ VADILLO (1993) son de los autores que con más constancia y claridad de conceptos han abogado por la oficialización de un baremo vinculante, como instrumento imprescindible a fin de desjudicializar las reclamaciones por daños corporales producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria, tanto si se trata de cubrir la responsabilidad civil mediante un sistema de seguro o a través del procedimiento establecido para la reparación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

El profesor VILLANUEVA (1997) afirma que el mejor baremo es una buena historia clínica, realizada por un buen especialista y tras una buena exploración y

análisis médico-legal, pero que los baremos son siempre una buena guía, al menos para armonizar y mantener las indemnizaciones dentro de unos márgenes razonables. Evidentemente, en el ámbito de los conflictos por responsabilidad sanitaria, además, no es de poco peso el argumento de la posibilidad de que un baremo pueda obrar como favorecedor de la disminución de las demandas judiciales.

SOTO NIETO (2000) en defensa de la implantación de un sistema de baremos manifiesta: *“La adopción e imposición de un sistema de baremos, sancionada ya su vinculabilidad y constitucionalidad en el ámbito de la responsabilidad por hechos de la circulación, según S.T.C. de fecha 29/06/2000, habría de merecer favorable acogida por la clase médica. El profesional sanitario anda desconcertado ante pronunciamientos judiciales favorables al reconocimiento de sumas exorbitantes que, en ocasiones sobrepasa el límite de lo razonable. Algunas aseguradoras han mostrado su reticencia respecto a renovación de pólizas de responsabilidad civil derivadas de la actividad médica. La sanidad pública debe abrirse hacia la creación de un fondo de garantía ligado a un adecuado régimen de baremos para la atención de supuestos siniestrales. Ello supondría un elemento de protección frente a muchas demandas y requerimientos y una confianza y tranquilidad para médicos y sanitarios en general.*

La atención médica es un reto permanente entre la prudencia tan ligada a la moderadora lex artis y el coeficiente de riesgo -riesgo permitido- a que obliga de ordinario una intervención o terapia curativa. Existen razones de peso para que los patrones de la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva se incorporen a la actuación médica, con sus correlatos de seguro obligatorio y admisión de un sistema de tasado de resarcimiento.

Las ventajas de un sistema -tan vinculante como flexible- de precisiones tasadas incluso no ofreciéndose perfecto son superiores a sus inconvenientes. Lo

decisivo es que el régimen de baremos, sensible a todas las vicisitudes que le condicionan, ofrezca un irrenunciable punto de revisión y puesta al día, en evitación de tachas u objeciones que le descalifiquen”.

Los baremos con más difusión en nuestro país son las Tablas de Evaluación del Menoscabo Permanente de la Asociación Médica Americana y el Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación (Anexo de la Ley 30/1995 de 8 de Noviembre, de “Responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor”).

El baremo anexo a la Ley 30/1995, de aplicación en accidentes de circulación, está siendo con mucho el más aplicado, de forma genérica para todo tipo de daño corporal, tanto por los órganos judiciales como por las compañías aseguradoras. Resulta de fácil manejo para los no médicos, dado que su aplicación posibilita el automatismo una vez que se conoce el diagnóstico de la secuela, otorgando unas puntuaciones a las secuelas acumuladas que, con un determinado abanico, permiten al juzgador un margen de discrecionalidad en función del caso individual. No obstante, tampoco está exento de crítica este baremo.

Y finalmente, nos parece de gran interés el contenido de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 23/07/1999, acerca de la valoración del daño consecutivo a mala praxis médica:

“A la hora de efectuar la valoración, la Jurisprudencia (SS.T.S. 20/10/1987, de 15/04/1988, 5/04/1989 y 1/12/1989) ha adoptado por efectuar una valoración global que, a tenor de la S.T.S. 3/01/1990, derive de una apreciación racional aunque no matemática pues, como refiere la misma Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27/11/1993, se carece de parámetros o de módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S.T.S. 23/03/1988, las dificultades que comporta la

conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria. La reciente S.T.S. de 19/07/1997 habla de la existencia de un innegable componente subjetivo en la determinación de los daños morales.

Ciertamente en otros ámbitos distintos existen baremos que permiten una concreción puramente objetiva, pero la aplicación de estos baremos a la responsabilidad patrimonial de la Administración puede resultar discutible, pues aunque se funde en criterios objetivos, debe recordarse que según el art. 141.2 de la citada Ley 30/1992, la valoración debe efectuarse atendiendo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, a los de la legislación fiscal y demás normas aplicables y a la ponderación en el mercado. La misma jurisprudencia contencioso-administrativa se muestra vacilante en cuanto a la asunción de este tipo de baremos; en todo caso, y como ya ha indicado esta Sección en otras ocasiones (S. de 12/02/1994; S. de 30/04/1997; S. de 15/10/1997) cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero y siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial”.

III. OBJETIVOS Y PLAN DE TRABAJO.

El cada vez más complejo ejercicio de la Medicina, con sofisticadas y agresivas técnicas, ha determinado que el número de demandas contra el personal sanitario por supuesta malpraxis se hayan incrementado considerablemente en los últimos años.

Un análisis de la situación nos lleva a enumerar los siguientes hechos:

1. El problema ha pasado de ser una cuestión técnica de errores de diagnóstico y terapéutica a una cuestión más compleja, que abarca a todo el personal sanitario, a los órganos de dirección de los hospitales y hasta a la clase política.

2. Las reclamaciones se han judicializado, de tal modo que se acude directamente al Juzgado intentando buscar, bien la responsabilidad penal del sanitario, o bien la indemnización económica.

3. Los problemas tienen una enorme repercusión social: aún tratándose de temas de difícil valoración por subyacer sobre una base técnica compleja, han pasado a las tertulias, debates, y en general, a la opinión pública, llegándose a crear asociaciones de víctimas de los errores médicos.

4. El principal motivo de reclamación es hoy fundamentalmente económico, y se ha escapado de las manos de las Comisiones Deontológicas. Está pasando de la jurisdicción penal a la civil y contencioso-administrativa, y llegará a las compañías de seguros quedando finalmente como un asunto de responsabilidad objetiva, como si la medicina y el acto médico fuesen un automóvil o una máquina herramienta.

Todo ello ha determinado un importante cambio de criterios a la hora de enjuiciar la actuación médica, examinada con el rigor que supone el cumplimiento de una serie de normas definidas no por médicos, sino por juristas, y que constituyen la "lex artis ad hoc".

Por tanto, nos encontramos ante un importante problema jurídico y médico-legal, la RESPONSABILIDAD PROFESIONAL POR MALPRAXIS MEDICA, tema que debe ser estudiado en profundidad. Sin embargo, la amplitud del tema aconseja plantearse al inicio metas realmente accesibles y claramente definidas, que aseguren la viabilidad y utilidad del trabajo.

Ante el reto que supone este vasto problema, nos hemos planteado como **OBJETIVOS** conocer la opinión existente en los colectivos profesionales habitualmente involucrados en el proceso (médicos y abogados) de una serie de cuestiones que juzgamos fundamentales para nuestro estudio:

1. DATOS ESTADÍSTICOS DE IMPRUDENCIA MÉDICA.
2. CAUSAS DE AUMENTO DE LAS DENUNCIAS.
3. CONSECUENCIAS E INFLUENCIA DEL PROBLEMA DE LA MALPRAXIS EN EL EJERCICIO MÉDICO.
4. ÓRGANO DE MAYOR EFICACIA EN LA RESOLUCION DE ESTOS PROBLEMAS.

5. PROFILAXIS DE LA MALPRAXIS MÉDICA.

6. TIPO DE VÍAS DE ACTUACION EN RESOLUCION DEL PROBLEMA Y CONOCIMIENTO DE LAS MISMAS.

7. TIPO DE RESPONSABILIDAD OPERANTE.

8. SISTEMA PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN.

9. OPINION DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL.

10. IMPORTANCIA DE LA PERICIA MEDICA EN MALPRAXIS MÉDICA.

De este modo nos hemos planteado un análisis completo de este complejo problema, haciendo un estudio fundamentado en los dos actores o protagonistas principales, los médicos y los abogados. Y nada tan elocuente como conocer de unos y otros sus opiniones, principales causas y consecuencias, sentido crítico, inquietudes por la mejor resolución del problema, satisfacción o descontento con las soluciones y prácticas actuales, vías alternativas, etc.

En nuestro **PLAN DE TRABAJO** nos planteamos las siguientes fases:

1º. ESTUDIO TEÓRICO Y REVISIÓN BIBLIOGRÁFICA Y LEGAL del tema.

2º. Realización de una ENCUESTA a todos los COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS (C.O.M.) del país y a un COLEGIO OFICIAL DE ABOGADOS (C.O.A.) de

cada provincia del país (reproducida íntegramente en el apartado de Material y Métodos).

3º. ANÁLISIS ESTADÍSTICO Y DISCUSIÓN DE LOS RESULTADOS.

4º. Emisión de CONCLUSIONES.

IV. MATERIAL Y MÉTODOS.

Aunque pueden existir publicaciones sobre el tema por parte de los dos colectivos (médicos y abogados) más impuestos e interesados en la materia, no existe un estudio global de los aspectos más esenciales del problema. Nos pareció aún más interesante y novedoso hacer una encuesta idéntica a ambos grupos de profesionales para observar el grado de coincidencia o divergencia de criterios en los distintos ítems.

Por otra parte, en la encuesta se pretendió investigar sobre las causas más frecuentes de denuncias médicas y de malpraxis, sobre alternativas a la norma actual de resolución de estos problemas (la vía judicial o arreglos absolutamente arbitrarios - ambas insuficientes y con muchos problemas-), tratando de saber qué grado de conocimiento se tiene de esos sistemas alternativos que aún son inhabituales en nuestro país, y pulsar la idoneidad de los mismos, basando parte de la encuesta en cuestiones de Derecho comparado. Ello intenta buscar nuevas vías de solución, muy utilizadas y discutidas en países de la Unión Europea y E.E.U.U. con ya antigua experiencia en el tema, incorporando unos métodos muy poco conocidos aún en España, que al aplicarse, podrían ser muy útiles y proporcionar mejores resultados que los actuales al tema que se plantea. Consultamos de igual modo sobre conveniencia y tipos de seguro de responsabilidad civil así como sobre cuestiones relacionadas con el informe pericial.

La encuesta fue remitida a todos los Colegios Oficiales de Médicos del país y a un Colegio Oficial de Abogados de cada provincia del país.

Ante la ausencia de respuestas, en algunas ocasiones se llegaron a realizar hasta cuatro envíos: los dos primeros por correo ordinario, el tercero vía Fax previo contacto con el Colegio Oficial correspondiente, y el último de ellos en mano o nuevamente por correo ordinario.

La encuesta constaba de 21 preguntas, con respuestas múltiples, si bien las respuestas no eran excluyentes, por lo que se permitía contestar varios ítems a una misma pregunta, hecho que iba reflejado en el cuestionario.

El destinatario de la encuesta era el Presidente del Colegio, quien debía decidir cuál era la persona más idónea para la contestación de la misma (en la gran mayoría de los casos el Gabinete Jurídico del Colegio Oficial correspondiente).

La encuesta realizada se reproduce íntegramente a continuación.

1. DATOS ESTADÍSTICOS DE MALPRAXIS MÉDICA

Nº de demandas por esta causa en los últimos 5 años

Nº de casos indemnizados en los últimos 5 años

Especificar correspondencia casos demandados/especialidad/año:

Años	Nº Casos	Especialidades implicadas
1993		
1994		
1995		
1996		
1997		

(Las respuestas no son excluyentes, por lo que puede marcar varias a una misma pregunta)

2. CAUSAS PRINCIPALES DE IMPRUDENCIA MEDICA

- 2.1) Falta o mal uso de historia clínicas
- 2.2) Incumplimiento de protocolos o standards mínimos
- 2.3) Falta de información al paciente
- 2.4) Poca utilización de medios auxiliares
- 2.5) Excesiva utilización de medios auxiliares
- 2.6) Despersonalización de la asistencia
- 2.7) Falta de medios diagnósticos y terapéuticos complementarios
- 2.8) Medicación y métodos complementarios de diagnóstico agresivos
- 2.9) Omisión de socorro

3. CAUSAS DE AUMENTO DE LAS DENUNCIAS

- 3.1) Medicina más compleja
- 3.2) Peor medicina
- 3.3) Medicina más despersonalizada
- 3.4) Mayor información de usuarios
- 3.5) Inducción por prensa y asociaciones
- 3.6) Inducción por los letrados
- 3.7) Frustración por mala evolución de la enfermedad
- 3.8) Obtención de dinero fácil para el perjudicado
- 3.9) Idem para los abogados y gestores.....
- 3.10) Tratar de evitar y corregir errores para el futuro
- 3.11) Más probabilidad de indemnizaciones al existir seguros de responsabilidad civil.....

4. CONSECUENCIAS E INFLUENCIA DE LA MALPRAXIS EN EL EJERCICIO MÉDICO
- 4.1) Positiva por estímulo de atención y cuidado
 - 4.2) Positiva por favorecer el reciclaje continuo
 - 4.3) Positiva por exigir el cumplimiento de standards
 - 4.4) Negativa por dar lugar a medicina defensiva para evitar denuncias
 - 4.5) Negativa por abuso de medios complementarios
 - 4.6) Negativa por pérdida de la espontaneidad en la toma de decisiones
 - 4.7) Negativa por alargar las listas de espera
 - 4.8) Negativa por encarecimiento de la medicina
5. ¿QUIÉN CREE QUE PUEDE ACTUAR CON MÁS EFECTIVIDAD PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE MALPRAXIS MÉDICA?
- 5.1) Los letrados
 - 5.2) Las asociaciones específicas contra Malpraxis médica
 - 5.3) Los organismos médicos rectores
 - 5.4) Las compañías de seguros
 - 5.5) Los jueces
6. ¿QUÉ OPINIÓN TIENE DE LAS ASOCIACIONES CONTRA MALPRAXIS MÉDICA?
- 6.1) Son útiles porque instruyen y orientan al usuario
 - 6.2) Son cultas y bien informadas
 - 6.3) Son peligrosas por el afán de protagonismo de promotores
 - 6.4) Son peligrosas por tendencia reivindicativa de promotores
 - 6.5) Están mal informadas y con influencias neuróticas
7. ¿CÓMO ACTUAR CONTRA LA MALPRAXIS?
- 7.1) Tratando de corregir defectos conocidos
 - 7.2) Penalización administrativa o judicial
 - 7.3) Indemnizando a los posibles perjudicados
8. ¿CÓMO EVITAR LA MALPRAXIS?
- 8.1) Mayor formación y conocimientos médicos
 - 8.2) Más medios técnicos diagnósticos y terapéuticos
 - 8.3) Agilizando las listas de espera
 - 8.4) Haciendo medicina más agresiva, resolutiva y directa
 - 8.5) Haciendo medicina más conservadora y defensiva
 - 8.6) Informando mejor y hablando más con el paciente
9. ¿CÓMO RESOLVER LA RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS?
- 9.1) Por los sistemas habituales judiciales "por agravio"
 - 9.2) Mediante otros procedimientos
10. EN LA VÍA JUDICIAL, ¿QUÉ CRITERIO JUZGA MÁS IDÓNEO?
- 10.1) Responsabilidad subjetiva (que implica culpabilidad)
 - 10.2) Responsabilidad objetiva
11. ¿QUÉ OTROS PROCEDIMIENTOS CONOCE?
- 11.1) Sistema administrativo basado en que exista falta
 - 11.2) Sistema administrativo "sin falta" (suficiente que exista relación de causalidad del acto médico y el daño causado)
 - 11.3) Sistema de eventos compensables designados (complicaciones previsibles, previamente consignadas en listas o baremos).....
 - 11.4) Sistema de compensación acelerada de eventos (más ágil aún)
 - 11.5) Acuerdos privados entre Compañías o particulares

12. ¿CUÁL DE ESTOS SISTEMAS LE PARECE MEJOR?
- 12.1) Sistema judicial por agravios producidos
 - 12.2) Sistema administrativo "sin falta"
 - 12.3) Sistema administrativo basado en falta
 - 12.4) Sistema de eventos compensables designados
 - 12.5) Sistema de compensación acelerada de eventos
 - 12.6) Acuerdos privados entre Compañías o particulares
13. ¿POR QUÉ RAZONES CREE QUE SE DEBE INDEMNIZAR?
- 13.1) Por la existencia de falta (ilícito penal o civil)
 - 13.2) Por culpa (daño yatrogénico, derivado del acto médico)
 - 13.3) Por la pérdida ocurrida (aún sin probarse la causalidad)
14. MEDIDA O "QUANTUM" DE LA COMPENSACIÓN
- 14.1) Todos los daños (incluso morales, judiciales, abogados, etc.)
 - 14.2) Pérdidas totalmente
 - 14.3) Pérdidas parcialmente (con máximos, mínimos, otros seguros...)
 - 14.4) Daños catalogados y baremizados (para pérdidas específicas)
 - 14.5) Honorarios limitados (incluyendo dolor, abogados, etc.)
15. ¿QUÉ SISTEMA CREE MAS IDÓNEO PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN?
- 15.1) Por baremo
 - 15.2) Discrecionalmente
16. ¿QUÉ OPINA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL?
- 16.1) Es absolutamente necesario
 - 16.2) Es conveniente
 - 16.3) No lo cree preciso
 - 16.4) Permite adoptar situaciones de mayor riesgo
 - 16.5) Permite actuar con menos stress
 - 16.6) Evita en parte la medicina defensiva
17. ¿QUIÉN DEBE HACER EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL?
- 17.1) El médico individualmente
 - 17.2) Los Centros para los que se trabaja
 - 17.3) Los Colegios Oficiales
18. ¿QUÉ SISTEMA DE SEGURO CREE MÁS IDÓNEO?
- 18.1) Individual
 - 18.2) Colectivo
19. IMPORTANCIA DEL PERITO MÉDICO EN PROBLEMAS DE MALPRAXIS
- 19.1) Tiene la misma que el letrado
 - 19.2) Es poco importante
 - 19.3) Influye poderosamente en la decisión del Juez
20. ¿QUÉ MEDICO CREE MÁS IDÓNEO COMO PERITO?
- 20.1) El médico forense
 - 20.2) Otro facultativo a instancia de parte
 - 20.3) Ambos
21. ¿CREE QUE EXISTE CORPORATIVISMO MÉDICO EN LOS PERITAJES?
- 21.1) Sí
 - 21.2) No

ANÁLISIS ESTADÍSTICO.

Al tratarse de datos categóricos (variables cualitativas), la descripción y resumen de la información se ha realizado mediante pruebas de contraste de hipótesis para la comparación de proporciones.

A tal efecto, en primer lugar, se obtuvo la correspondiente distribución simple de frecuencias para, con posterioridad, aplicar un “test de contraste de proporciones basado en la distribución normal”, según la siguiente fórmula:

$$Z_p = \frac{|p_1 - p_2| - \frac{1}{2\text{Máx}(n_1 \text{ y } n_2)}}{\sqrt{p_1(1-p_1)/n_1 + p_2(1-p_2)/n_2}}$$

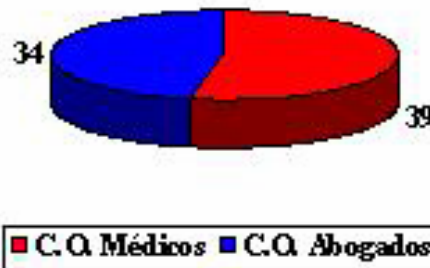
Estos cálculos se hicieron de forma manual debido a problemas habidos con el paquete estadístico SPSS.

El asesoramiento en esta materia fue proporcionado por el Dr. Luque Leal, profesor titular de Bioestadística de la Universidad de Córdoba.

V. RESULTADOS.

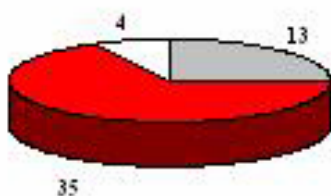
Tras el envío de 52 encuestas a los Colegios Oficiales de Médicos de cada provincia y otras tantas a los Colegios Oficiales de Abogados de cada una de las capitales de provincias del país, o sea, envío total de 104 encuestas, se obtuvo finalmente un total de 73 contestaciones, es decir, un 70,19%, si bien un 9,58% de las encuestas fueron remitidas completamente **en blanco**, aduciendo en la mayoría de las ocasiones que carecían de la información solicitada.

Respuestas facilitadas por los Colegios Profesionales



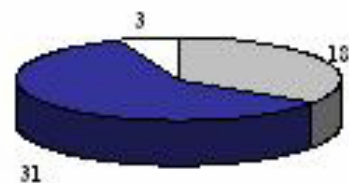
Concretamente, de los 52 Colegios Oficiales de Médicos encuestados respondieron un total de 39, un 75%, si bien 4 de ellos lo hicieron en blanco, o sea, de aquellos que contestaron, un 10,25% lo hicieron en blanco; y respecto a los Colegios Oficiales de Abogados contestaron 34, es decir, un 65,38%, y de ellos 3 en blanco, o sea, un 8,82% de las respuestas.

Colegios Oficiales de Médicos



■ Sin respuesta ■ Válidas ■ En blanco

Colegios Oficiales de Abogados



■ Sin respuesta ■ Válidas ■ En blanco

En las figuras 1 y 2 se exponen gráficamente las provincias cuyos Colegios colaboraron con el estudio.

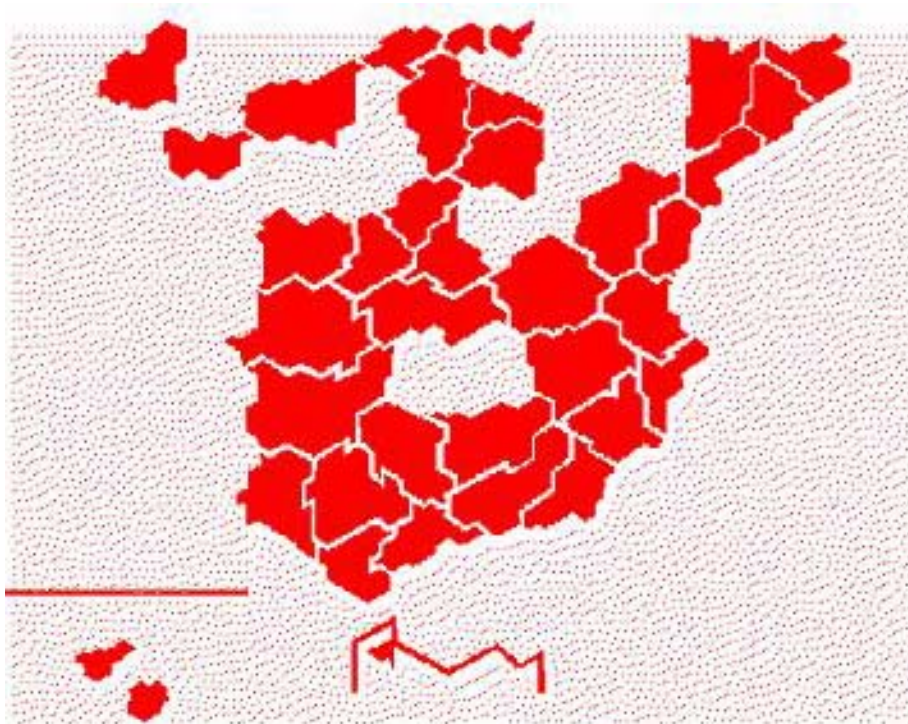


Figura 1. Colegios Oficiales de Médicos

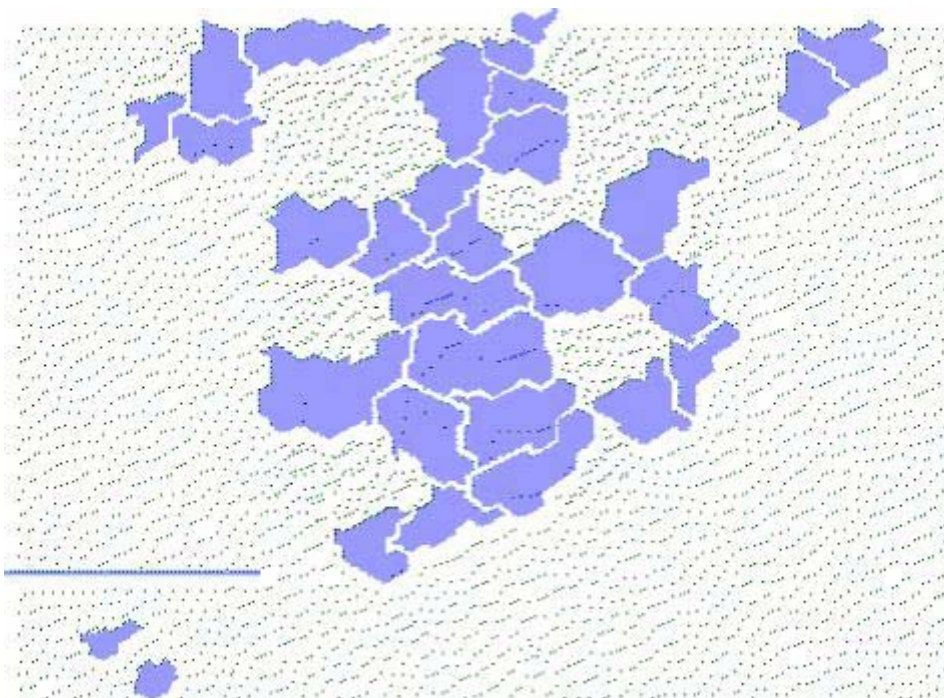


Figura 2. Colegios Oficiales de Abogados

Como dijimos en el apartado anterior, la encuesta constaba de 21 preguntas con varios ítems cada una de ellas, y posibilidad de emitir respuestas múltiples pero no excluyentes, tal y como constaba en el cuestionario enviado.

Se ha realizado un estudio descriptivo de los resultados obteniéndose un porcentaje del total de las respuestas.

Consideramos conveniente realizar la siguiente aclaración: los resultados de las respuestas de cada ítem no deben sumar de manera conjunta un 100%, ya que el % obtenido en cada ítem refleja la contestación del mismo entre la totalidad de las contestaciones, diferentes según sea el colectivo estudiado.

No obstante, existen una serie de preguntas en la encuesta (nº 9, 10, 15, 18 y 21) en que las posibles contestaciones se excluían entre sí (ej. Responsabilidad objetiva o subjetiva; seguro individual o colectivo, etc.), por lo que el contestar ambas ha sido interpretado como No sabe/ No contesta y en ellas sí deben sumar el total de las contestaciones un 100%.

Pregunta número 1.

DATOS ESTADISTICOS DE MALPRAXIS MEDICA.

El resultado de la encuesta en esta primera cuestión es ciertamente desalentador ya que de las encuestas recibidas (73) sólo se pronunciaron doce, y además de manera parcial y poco precisa.

Así, de 39 colegios Oficiales de Médicos que emitieron contestación a la encuesta sólo dos de ellos respondieron de manera correcta al primer ítem, otros cinco lo hicieron de manera parcial (ofreciendo datos únicamente de tres de los cinco años investigados), tres de ellos contestaron de manera muy general sin especificar los datos solicitados, y el resto (29) manifestaron que no tenían datos algunos.

En relación al número de denuncias, dado el escaso número de respuestas obtenidas de manera correcta sólo podemos decir que se aprecia un claro incremento en el número de ellas en los últimos años.

Y respecto a las especialidades más denunciadas, de las contestaciones obtenidas podemos establecer los siguientes datos: en un primer grupo se encuentran especialidades como **GINECOLOGÍA Y OBSTETRICIA, TRAUMATOLOGÍA Y URGENCIAS**; en un segundo grupo, **Oftalmología, Cirugía General, Anestesia y Odontología**; y en un tercer grupo **Medicina General, Urología, Otorrinolaringología** y, destacando en los últimos años, Cirugía Plástica, concretamente la rama de **Cirugía Estética**.

De los 34 Colegios Oficiales de Abogados que contestaron, 3 de ellos lo hicieron completamente en blanco, y de los 31 restantes sólo respondieron a la primera cuestión dos de ellos, reseñando a la Traumatología como la especialidad

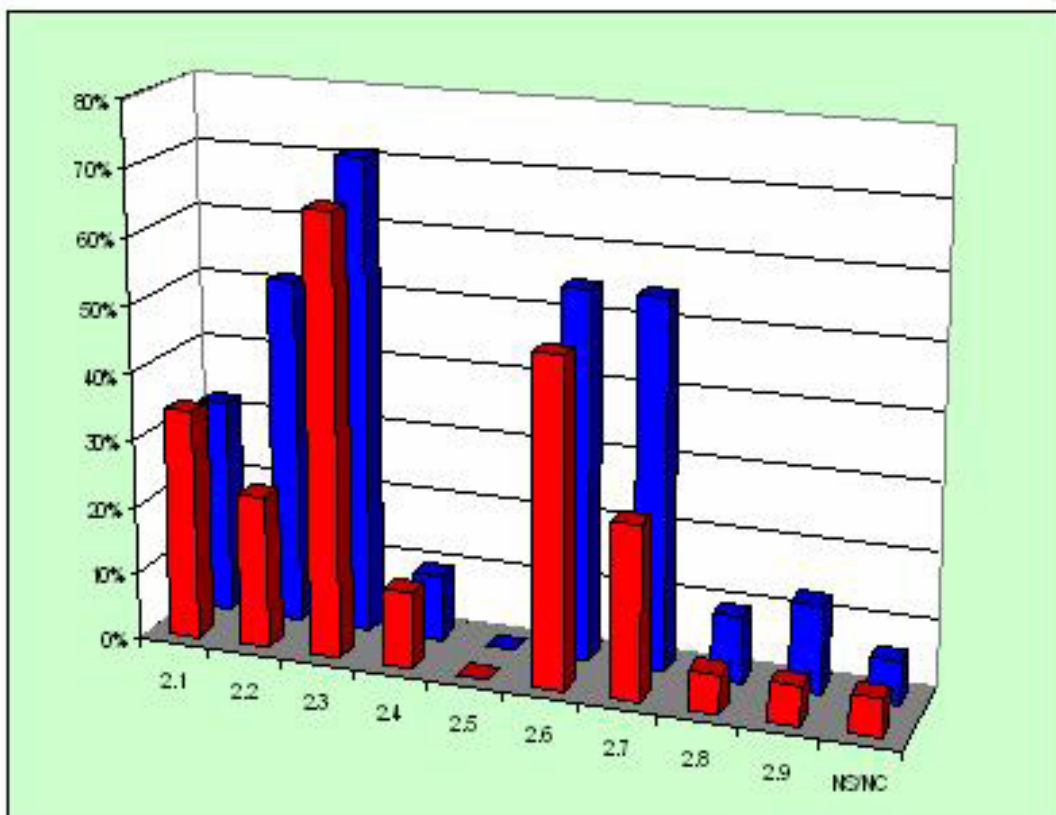
médica más denunciada, seguida de lejos por Anestesia, Ginecología, Urgencias y Cirugía General. En relación al número de casos, sólo contesta un Colegio de los encuestados, lo que no nos parece significativo.

Para suplir este déficit de información hemos recogido la bibliografía existente al respecto, como ha quedado reflejado en el apartado de Introducción.

Pregunta número 2.

CAUSAS PRINCIPALES DE IMPRUDENCIA MÉDICA.

- 2.1) Falta o mal uso de historias clínicas
- 2.2) Incumplimiento de protocolos o standards mínimos
- 2.3) Falta de información al paciente
- 2.4) Poca utilización de medios auxiliares
- 2.5) Excesiva utilización de medios auxiliares
- 2.6) Despersonalización de la asistencia
- 2.7) Falta de medios diagnósticos y terapéuticos complementarios
- 2.8) Medicación y métodos complementarios de diagnóstico agresivos
- 2.9) Omisión de socorro
- 2.10) No sabe/ No contesta



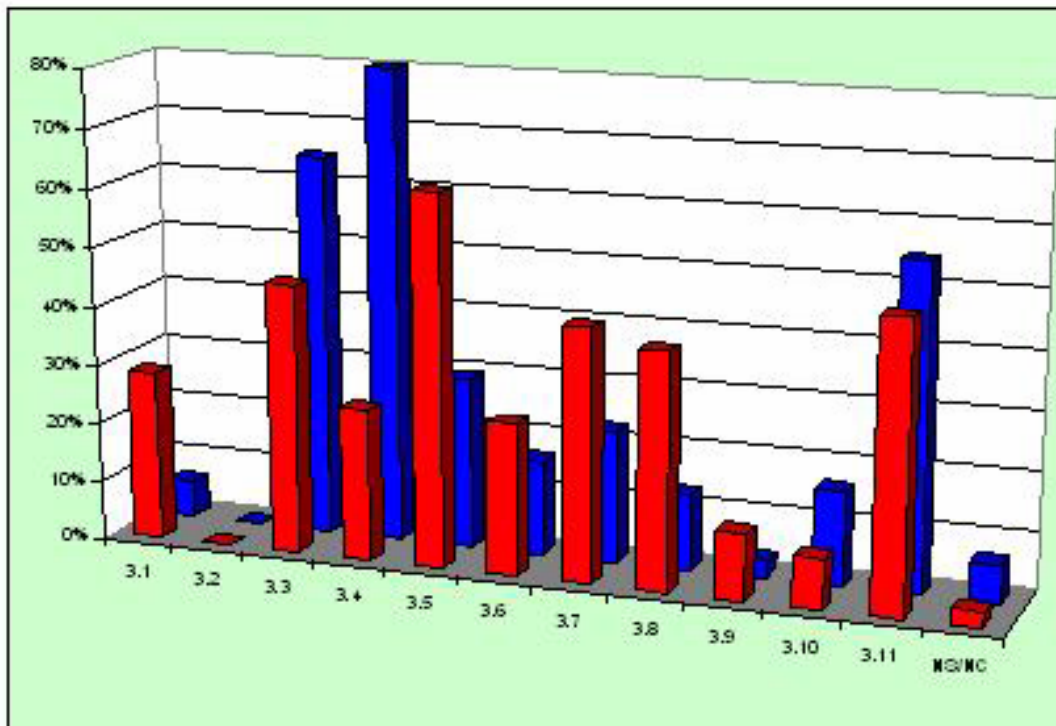
	2.1	2.2	2.3	2.4	2.5	2.6	2.7	2.8	2.9	NS/NC
Médicos	34,3%	22,9%	65,7%	11,4%	0%	48,6%	25,7%	5,7%	5,7%	5,7%
Abogados	32,2%	51,6%	71%	9,7%	0%	54,8%	54,8%	9,7%	12,9%	6,5%
Zp	NS	***	**	NS	NS	***	***	***	***	**

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 3.

CAUSAS DE AUMENTO DE LAS DENUNCIAS POR MALPRAXIS MÉDICA.

- 3.1) Medicina más compleja
- 3.2) Peor medicina
- 3.3) Medicina más despersonalizada
- 3.4) Mayor información de usuarios
- 3.5) Inducción por prensa y asociaciones
- 3.6) Inducción por los letrados
- 3.7) Frustración por mala evolución de la enfermedad
- 3.8) Obtención de dinero fácil para el perjudicado
- 3.9) Obtención de dinero fácil para abogados y gestores
- 3.10) Tratar de evitar y corregir errores futuros
- 3.11) Obtención de indemnizaciones vía seguros de responsabilidad civil
- 3.12) No sabe/ No contesta



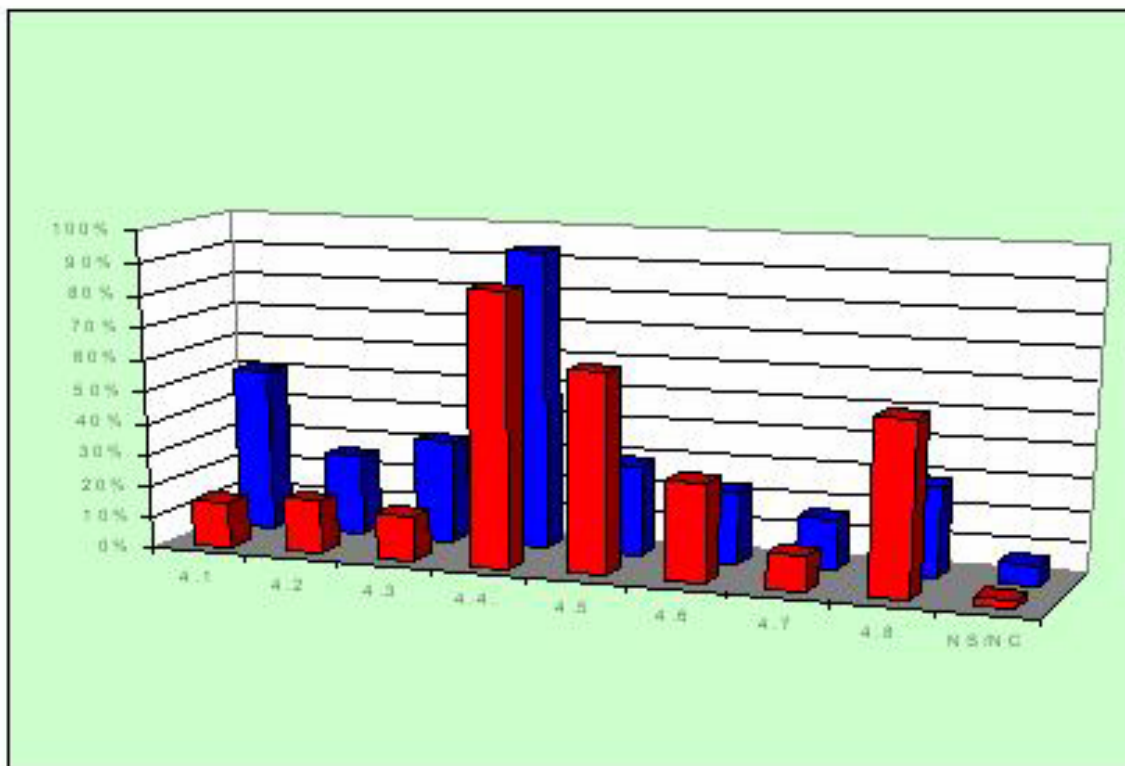
	3.1	3.2	3.3	3.4	3.5	3.6	3.7	3.8	3.9	3.10	3.11	NS/NC
Médicos	28,6%	0%	45,7%	25,7%	62,9%	25,7%	42,9%	40%	11,4%	8,6%	48,6%	2,9%
Abogados	6,5%	0%	64,5%	80,6%	29%	16,1%	22,6%	12,9%	3,2%	16,1%	54,8%	6,5%
Zp	***	NS	***	***	***	***	***	***	***	***	**	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 4.

CONSECUENCIAS E INFLUENCIA DE LA MALPRAXIS EN EL EJERCICIO MÉDICO.

- 4.1) Positiva por estímulo de atención y cuidado
- 4.2) Positiva por favorecer el reciclaje continuo
- 4.3) Positiva por exigir el cumplimiento de standards
- 4.4) Negativa por dar lugar a medicina defensiva para evitar denuncias
- 4.5) Negativa por abusos de medios complementarios
- 4.6) Negativa por pérdida de espontaneidad en la toma de decisiones
- 4.7) Negativa por alargar las listas de espera
- 4.8) Negativa por encarecimiento de la medicina
- 4.9) No sabe/ no contesta



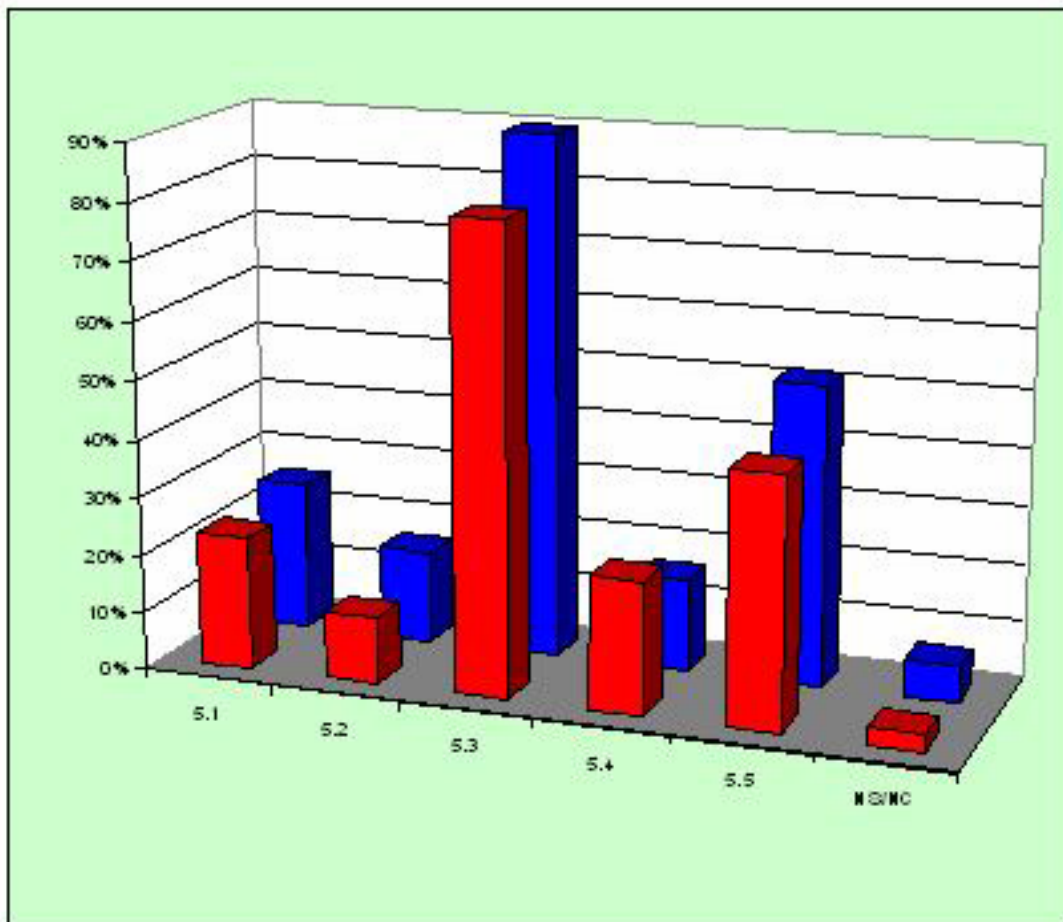
	4.1	4.2	4.3	4.4	4.5	4.6	4.7	4.8	NS/NC
Médicos	14,3%	17,2%	14,3%	85,7%	62,9%	31,4%	11,4%	54,5%	2,9%
Abogados	51,6%	25,8%	32,2%	93,5%	29%	22,6%	16,1%	29%	6,5%
Zp	***	***	***	***	***	***	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 5.

¿QUIÉN PUEDE ACTUAR CON MAYOR EFICACIA EN LA RESOLUCIÓN DE PROBLEMAS DE MALPRAXIS MÉDICA?

- 5.1) Los letrados
- 5.2) Las asociaciones específicas contra malpraxis médica
- 5.3) Los organismos médicos rectores
- 5.4) Las Compañías de Seguros
- 5.5) Los Jueces
- 5.6) No sabe/ No contesta



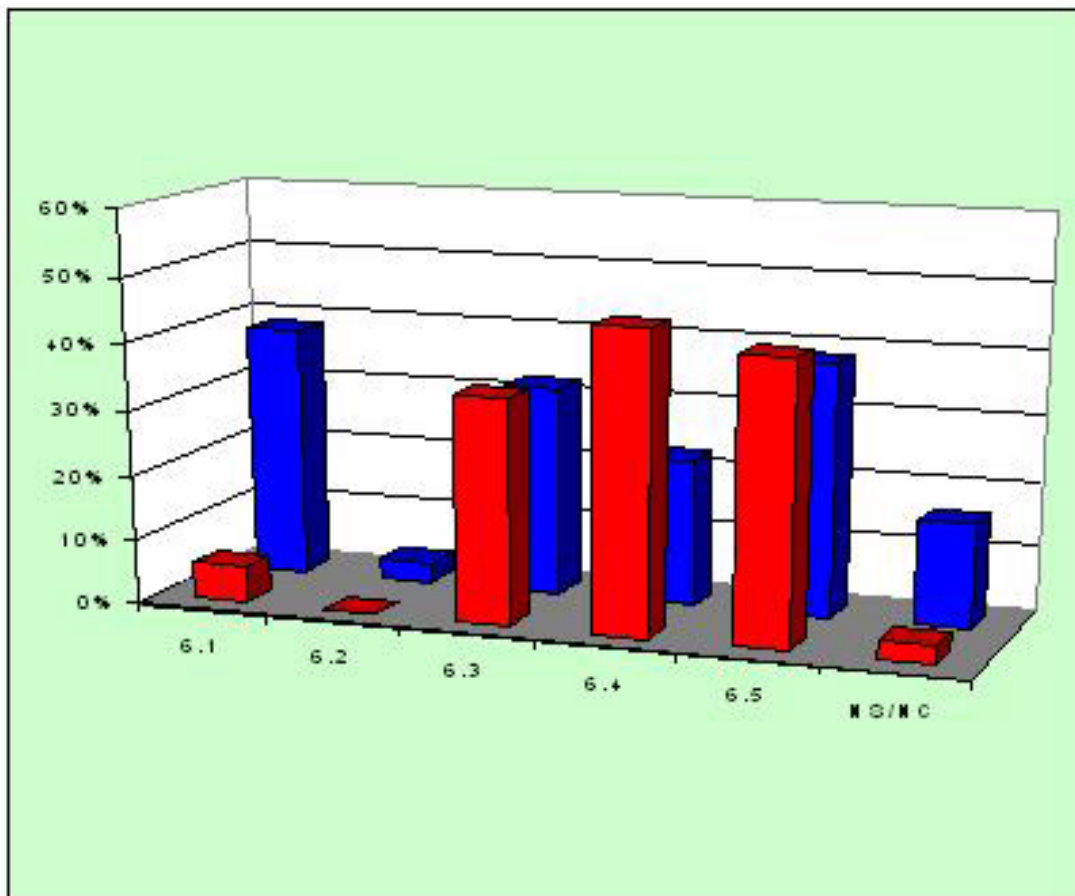
	5.1	5.2	5.3	5.4	5.5	NS/NC
Médicos	22,9%	11,4%	80%	22,9%	42,9%	2,9%
Abogados	25,8%	16,1%	90,3%	16,1%	51,6%	6,5%
Zp	NS	***	***	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 6.

¿QUÉ OPINIÓN TIENE DE LAS ASOCIACIONES CONTRA MALPRAXIS MÉDICA?

- 6.1) Son útiles porque instruyen y orientan al usuario
- 6.2) Son cultas y bien informadas
- 6.3) Son peligrosas por el afán de protagonismo de promotores
- 6.4) Son peligrosas por tendencia reivindicativa de promotores
- 6.5) Están mal informadas y con influencias neuróticas
- 6.6) No sabe/ No contesta



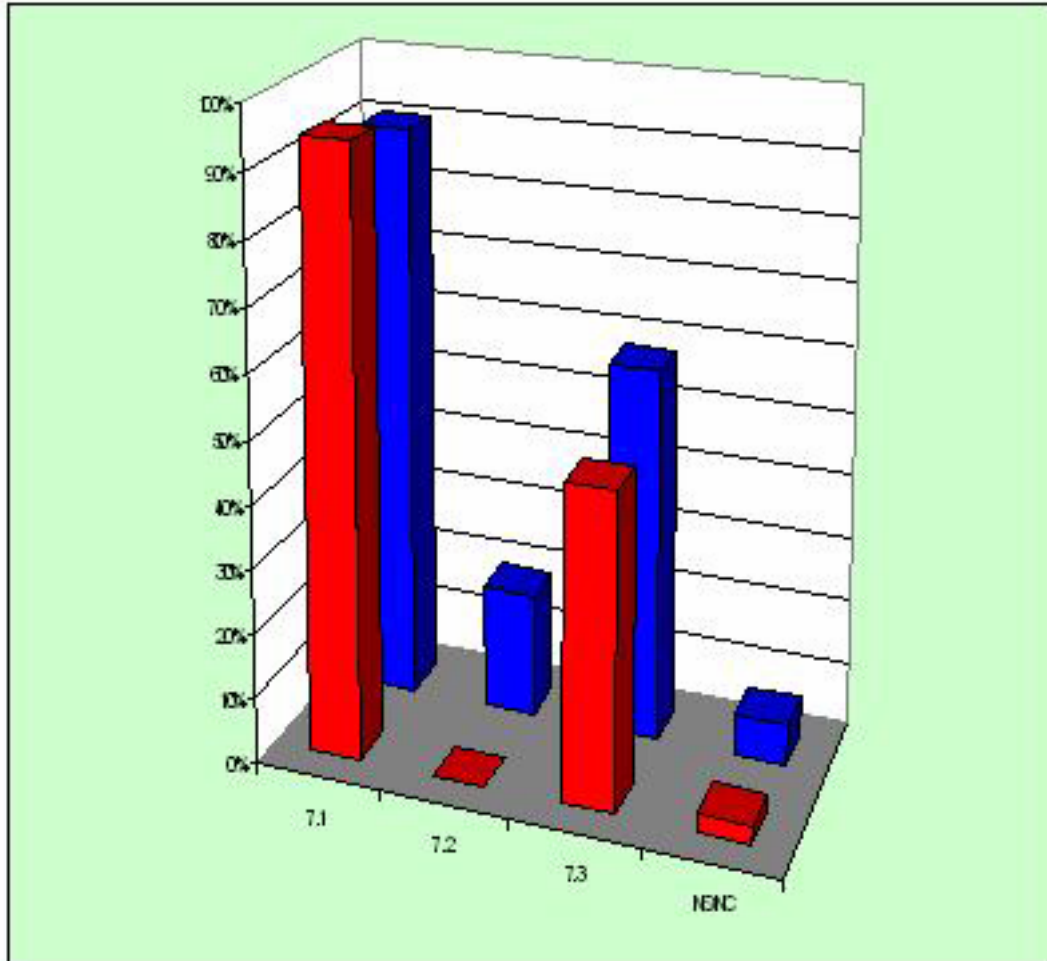
	6.1	6.2	6.3	6.4	6.5	NS/NC
Médicos	5,7%	0%	34,3%	45,7%	42,9%	2,9%
Abogados	38,7%	3,2%	32,2%	22,6%	38,7%	16,1%
Zp	***	***	NS	***	*	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 7.

¿CÓMO ACTUAR CONTRA LA MALPRAXIS MÉDICA?

- 7.1) Tratando de corregir defectos conocidos
- 7.2) Penalización administrativa o judicial
- 7.3) Indemnizando a los posibles perjudicados
- 7.4) No sabe/ No contesta



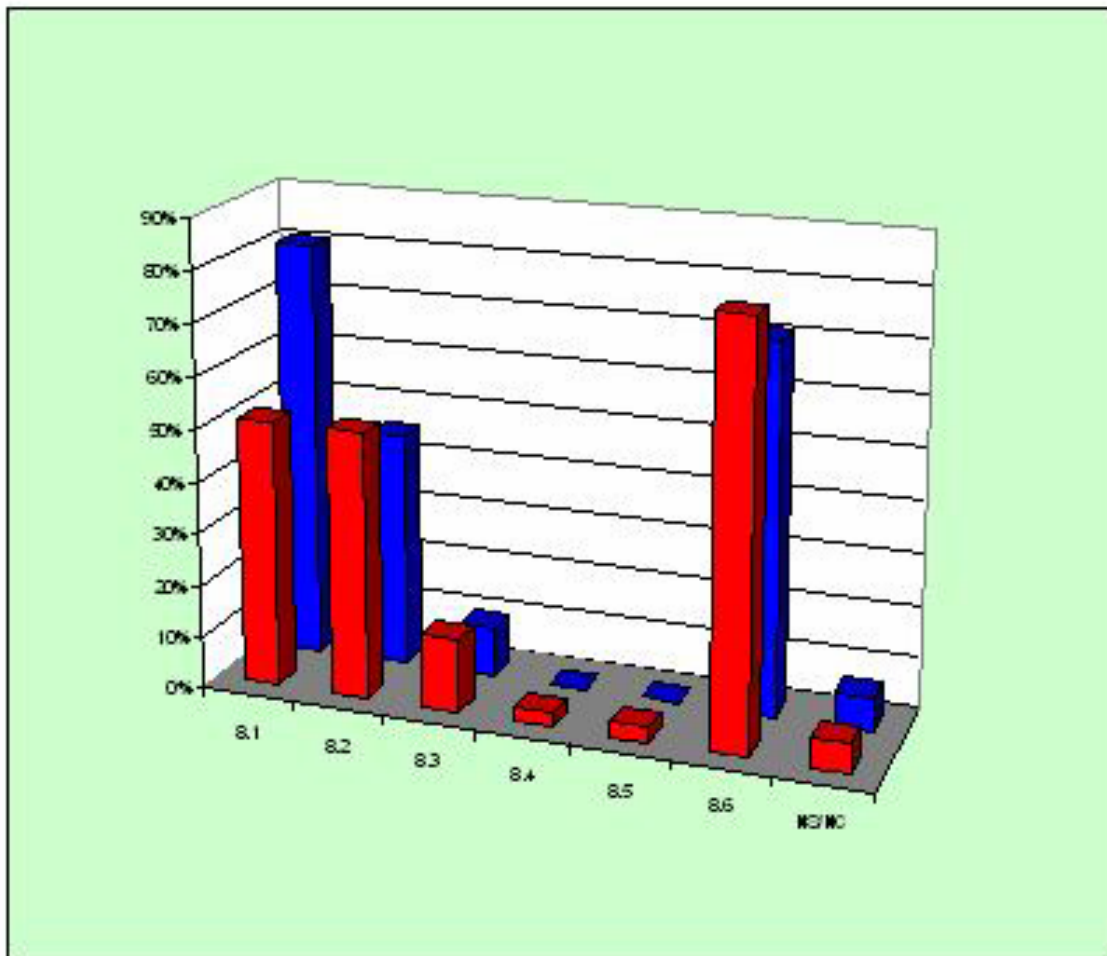
	7.1	7.2	7.3	NS/NC
Médicos	94,3%	0%	48,6%	2,9%
Abogados	90,3%	19,4%	58,1%	6,5%
Zp	***	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 8.

¿CÓMO EVITAR LA MALPRAXIS MÉDICA?

- 8.1) Mayor formación y conocimientos médicos
- 8.2) Más medios técnicos diagnósticos y terapéuticos
- 8.3) Agilizando las listas de espera
- 8.4) Haciendo medicina más agresiva, resolutive y directa
- 8.5) Haciendo medicina más conservadora y defensiva
- 8.6) Informando mejor y hablando más con el paciente
- 8.7) No sabe/ No contesta



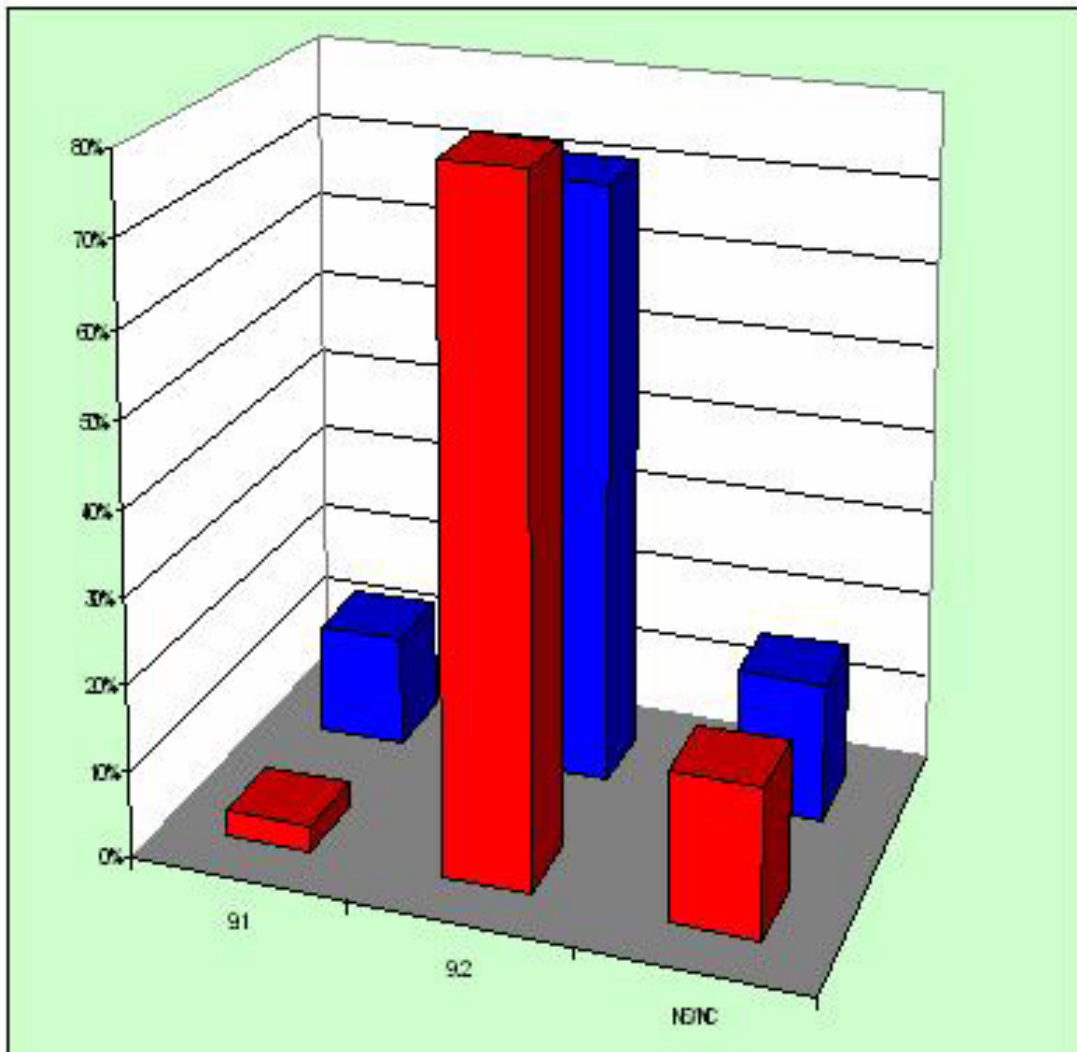
	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	NS/NC
Médicos	51,4%	51,4%	14,3%	2,9%	2,9%	80%	5,7%
Abogados	80,6%	45,2%	9,7%	0%	0%	71%	6,5%
Zp	***	**	***	***	***	***	*

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 9.

¿CÓMO RESOLVER LA RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS MÉDICA?

- 9.1) Por los sistemas habituales judiciales “por agravio”
- 9.2) Mediante otros procedimientos
- 9.3) No sabe/ No contesta (sistemas mixtos)



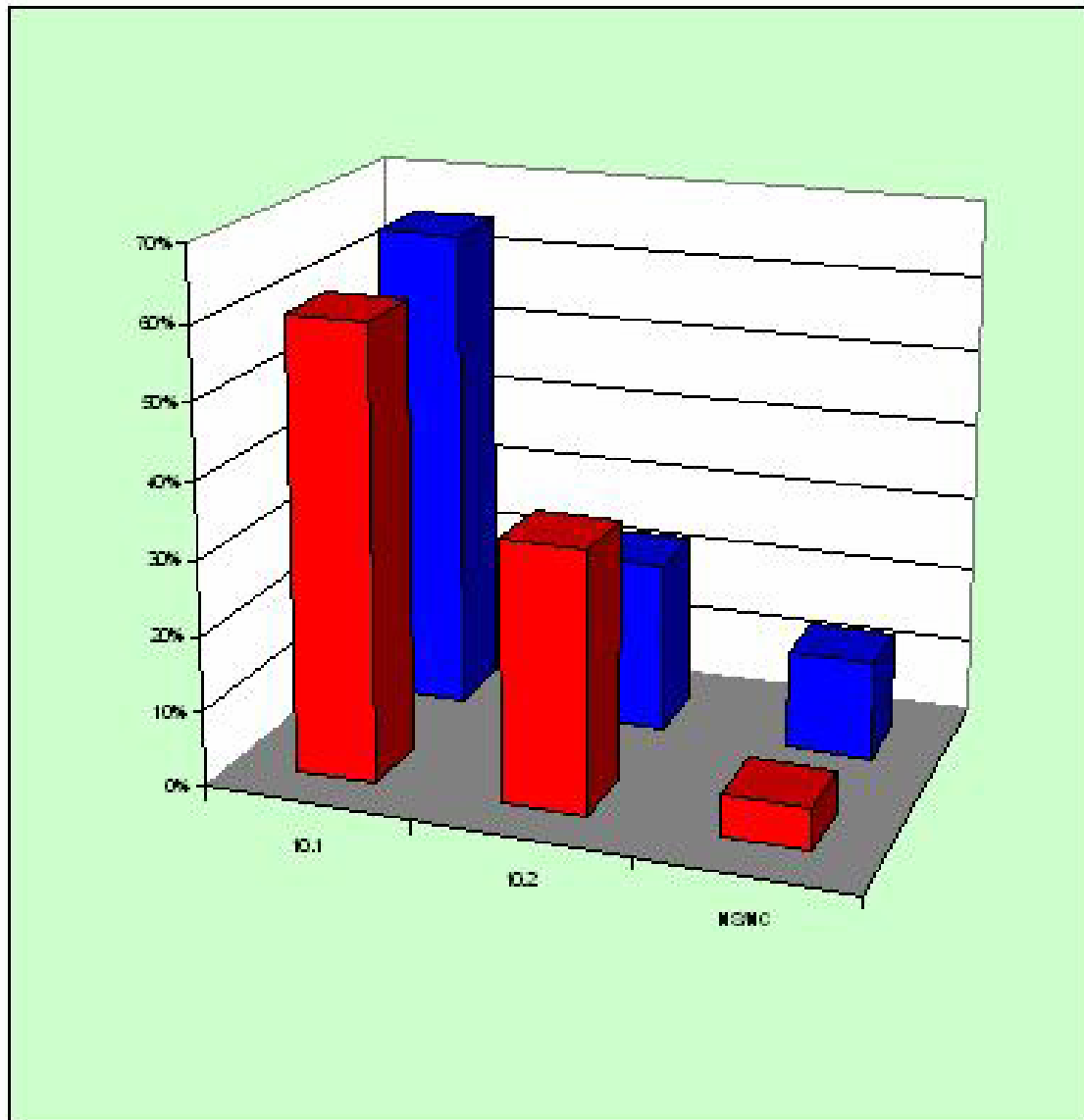
	9.1	9.2	NS/NC
Médicos	29%	80%	17,2%
Abogados	12,9%	71%	16,1%
Zp	***	***	NS

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 10.

EN LA VÍA JUDICIAL, ¿QUÉ CRITERIO JUZGA MÁS IDÓNEO?

- 10.1) Responsabilidad SUBJETIVA (implica CULPABILIDAD)
- 10.2) Responsabilidad OBJETIVA
- 10.3) No sabe/ No contesta



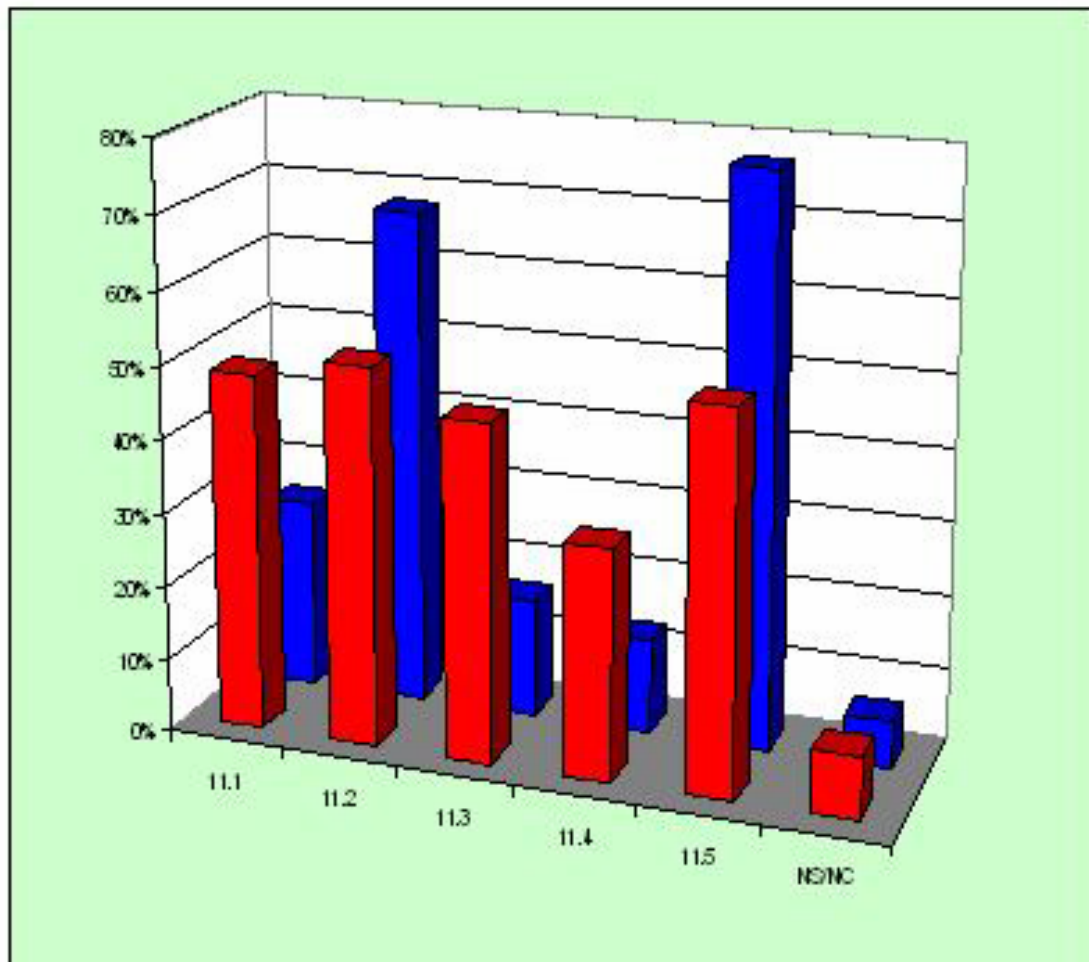
	10.1	10.2	NS/NC
Médicos	60%	34,3%	5,7%
Abogados	64,5%	22,6%	12,9%
Zp	*	**	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 11.

¿QUÉ OTROS PROCEDIMIENTOS CONOCE?

- 11.1) Sistema administrativo basado en que exista falta
- 11.2) Sistema administrativo "sin falta" (suficiente que exista relación de causalidad entre el acto médico y el daño causado)
- 11.3) Sistema de eventos compensables designados (complicaciones previsibles, previamente consignadas en listas o baremos)
- 11.4) Sistema de compensación acelerada de eventos (más ágil aún)
- 11.5) Acuerdos privados entre compañías y particulares
- 11.6) No sabe/ No contesta



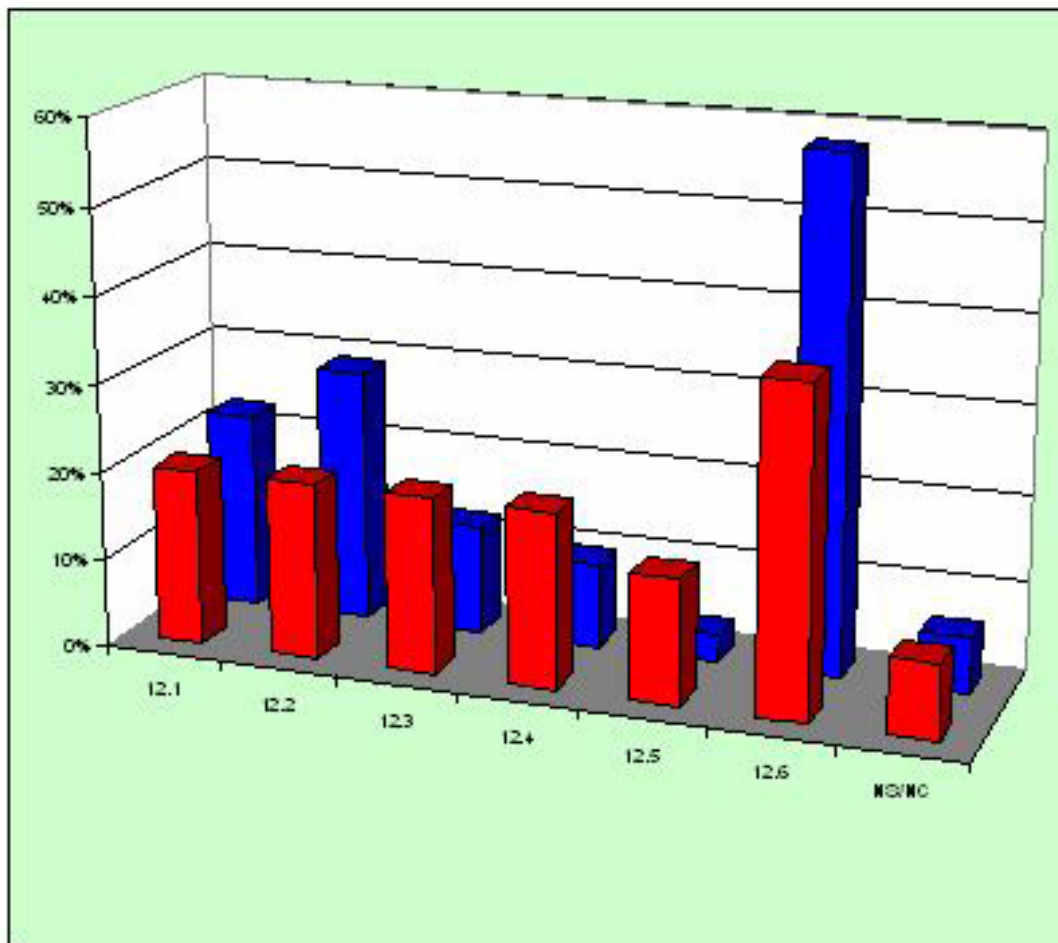
	11.1	11.2	11.3	11.4	11.5	NS/NC
<i>Médicos</i>	48,6%	51,4%	45,7%	31,4%	51,4%	8,6%
<i>Abogados</i>	25,8%	67,7%	16,1%	12,9%	77,4%	6,5%
Zp	***	***	***	***	***	*

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 12.

¿CUÁL DE ESTOS SISTEMAS LE PARECE MEJOR?

- 12.1) Sistemas judiciales por agravios producidos
- 12.2) Sistemas administrativos “ sin falta”
- 12.3) Sistemas administrativos basados en falta
- 12.4) Sistemas de eventos compensables designados
- 12.5) Sistemas de compensación acelerada de eventos
- 12.6) Acuerdos privados entre Compañías o particulares
- 12.7) No sabe/ No contesta



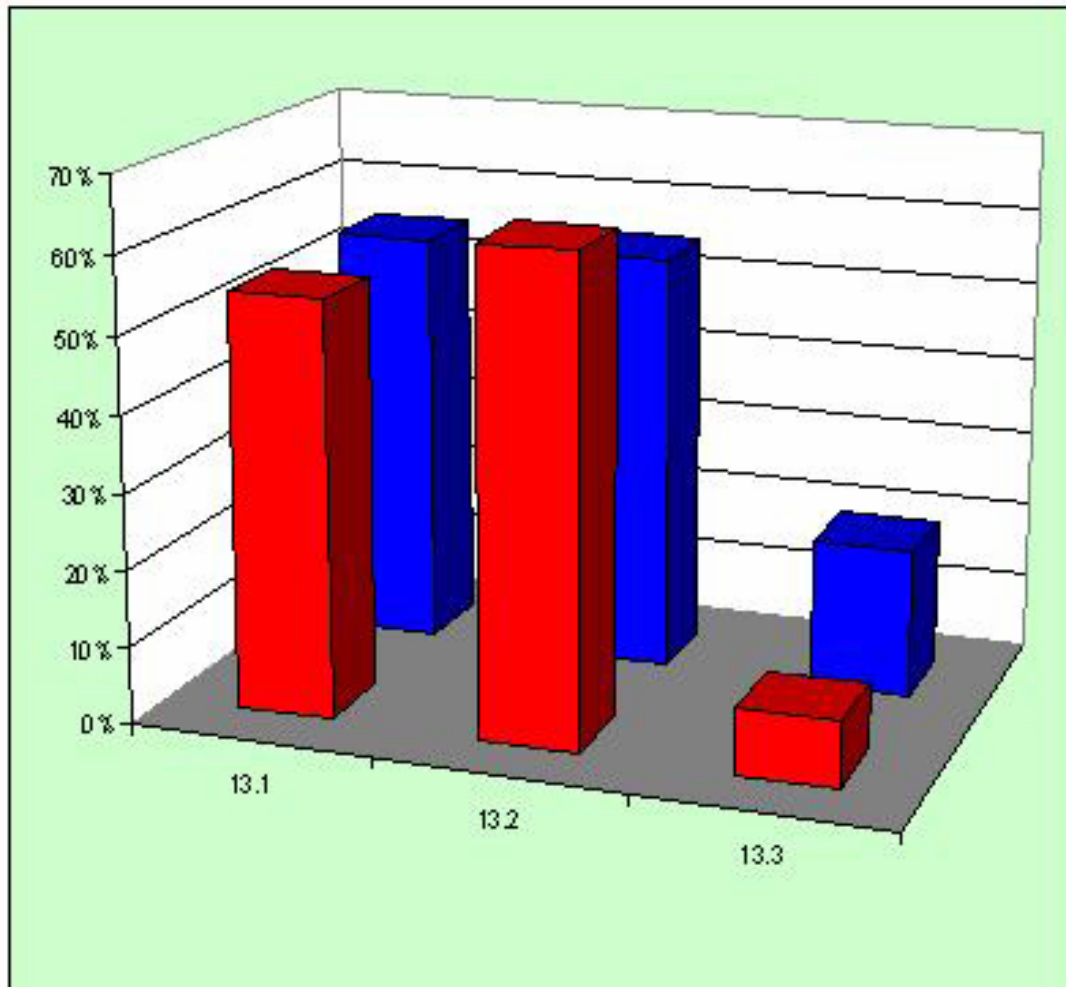
	12.1	12.2	12.3	12.4	12.5	12.6	NS/NC
Médicos	20%	20%	20%	20%	14,3%	37,2%	8,6%
Abogados	22,6%	29%	12,9%	9,7%	3,2%	58,1%	6,5%
Zp	NS	***	***	***	***	***	*

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 13.

¿POR QUÉ RAZONES CREE QUE SE DEBE INDEMNIZAR?

- 13.1) Por la existencia de falta (ilícito penal o civil)
- 13.2) Por culpa (daño yatrogénico, derivado del acto médico)
- 13.3) Por la pérdida ocurrida (aún sin probarse la causalidad)



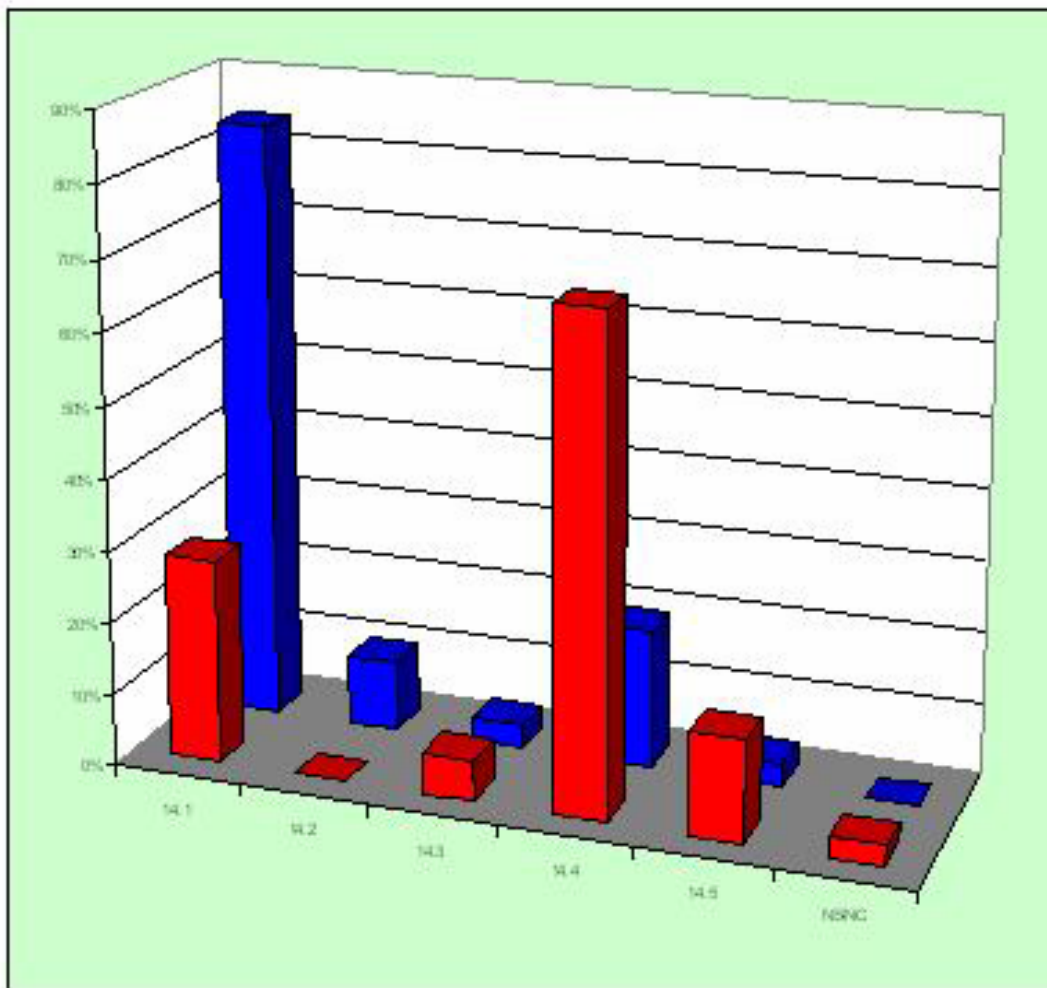
	13.1	13.2	13.3
Médicos	54,3%	62,9%	8,6%
Abogados	54,8%	54,8%	19,4%
Zp	NS	NS	***

(* p ≤ 0,05; ** p ≤ 0,01; *** p ≤ 0,001)

Pregunta número 14.

MEDIDA O “QUANTUM” APROXIMADO DE LA COMPENSACIÓN

- 14.1) Todos los daños (incluso morales, judiciales, abogados, etc.)
- 14.2) Pérdidas totalmente
- 14.3) Pérdidas parcialmente (aún sin probarse la causalidad)
- 14.4) Daños catalogados y baremizados (para pérdidas específicas)
- 14.5) Honorarios limitados (incluyendo dolor, abogados, etc.)
- 14.6) No sabe/ No contesta



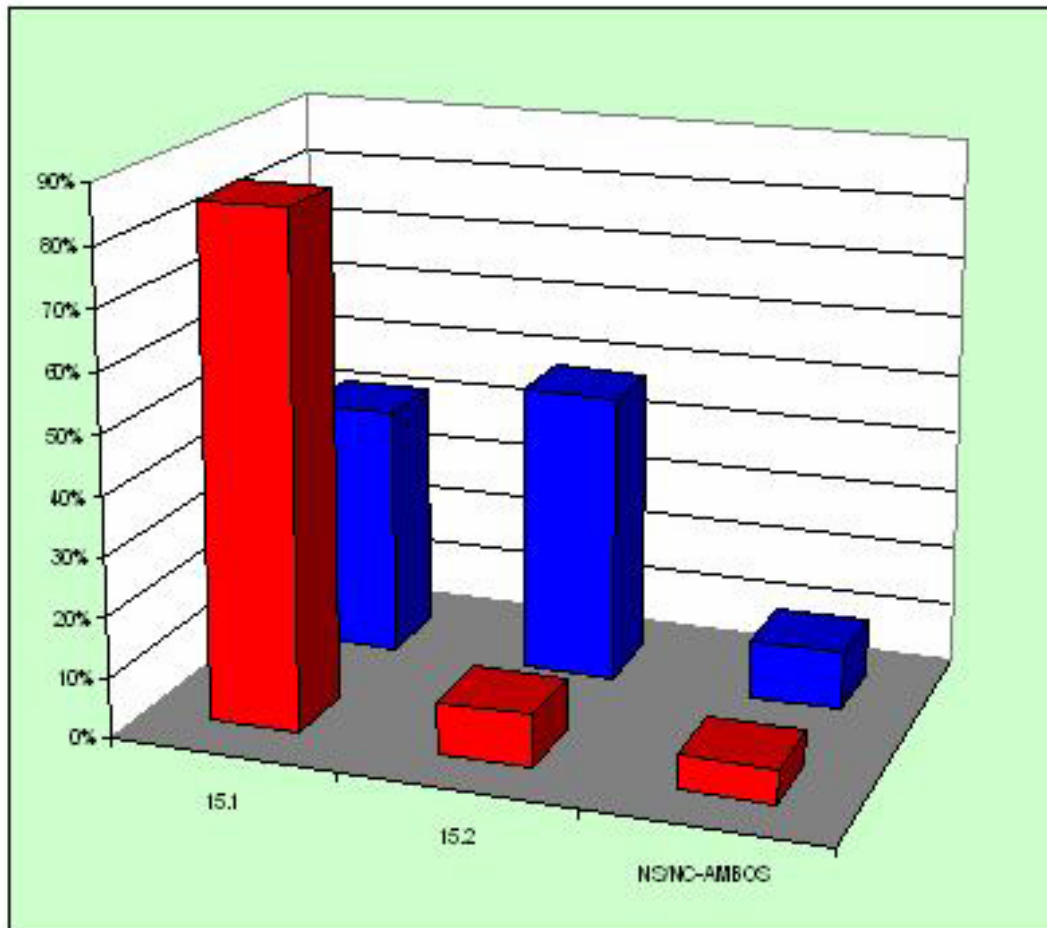
	14.1	14.2	14.3	14.4	14.5	NS/NC
Médicos	28,6%	0%	5,7%	68,6%	14,3%	2,9%
Abogados	83,9%	9,7%	3,2%	19,4%	3,2%	0%
Zp	***	***	***	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 15.

¿QUÉ SISTEMA CREE MÁS IDÓNEO PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN?

- 15.1) Por baremo
- 15.2) Discrecionalmente
- 15.3) No sabe/ No contesta



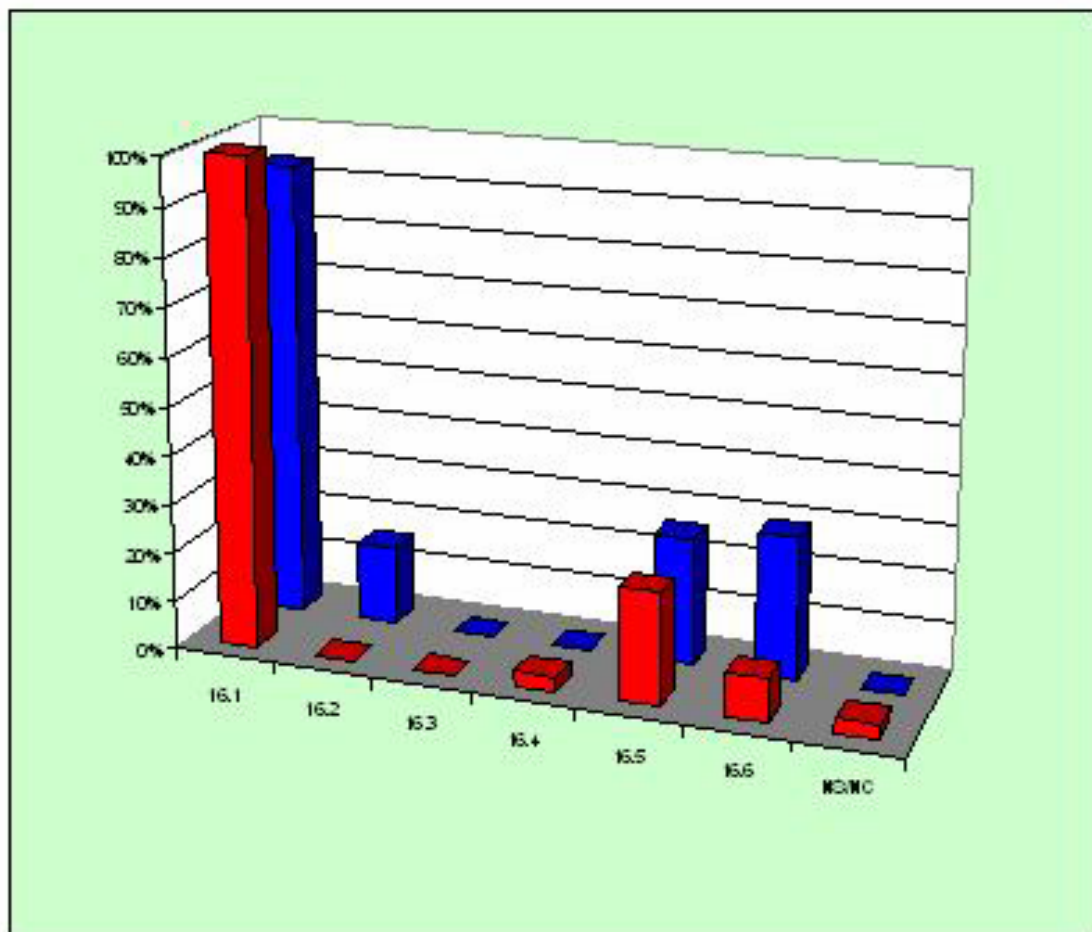
	15.1	15.2	NS/NC-AMBOS
Médicos	85,7%	8,6%	5,7%
Abogados	41,9%	48,4%	9,7%
Zp	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 16.

OPINIÓN DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL.

- 16.1) Es absolutamente necesario
- 16.2) Es conveniente
- 16.3) No lo cree preciso
- 16.4) Permite adoptar situaciones de mayor riesgo
- 16.5) Permite actuar con menos stress
- 16.6) Evita en parte la medicina defensiva
- 16.7) No sabe/ No contesta



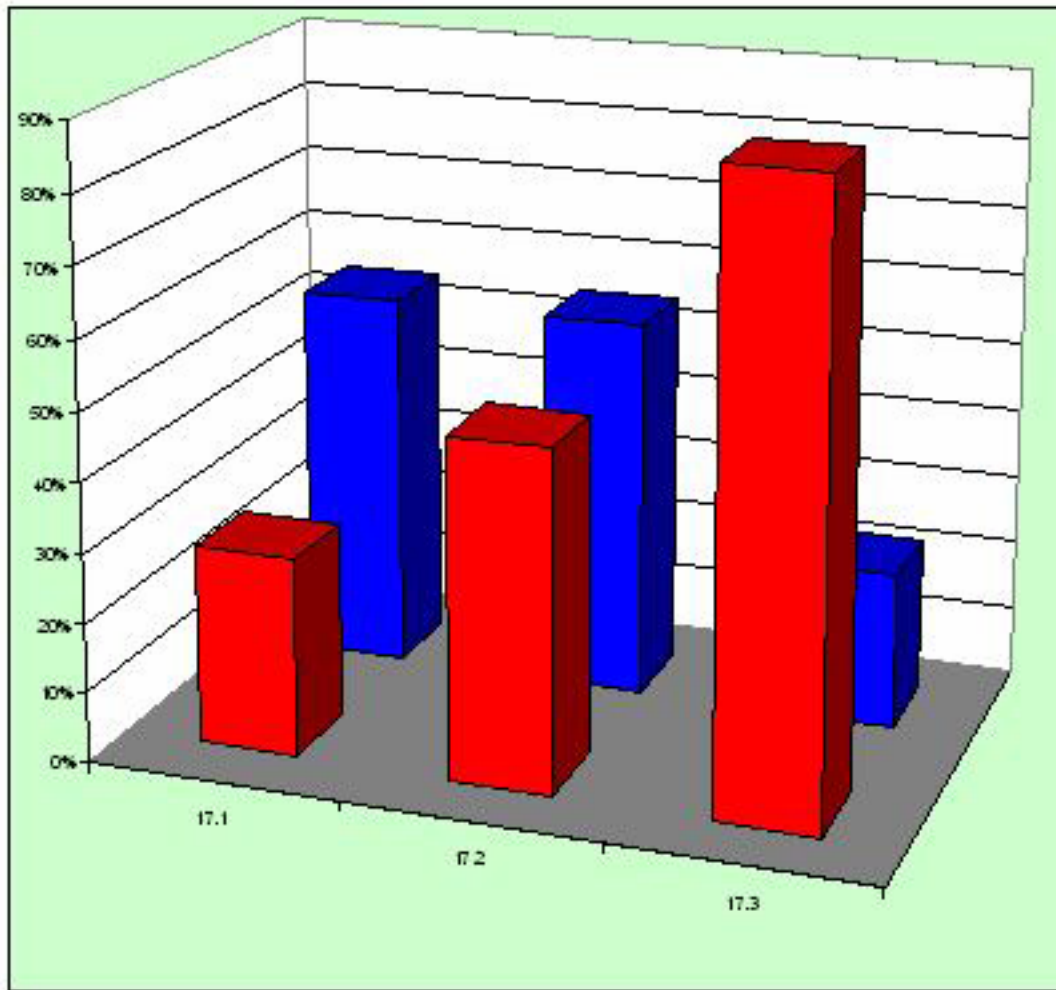
	16.1	16.2	16.3	16.4	16.5	16.6	NS/NC
Médicos	97,1%	0%	0%	2,9%	22,9%	8,6%	2,9%
Abogados	93,5%	16,1%	0%	0%	25,8%	29%	0%
Zp	***	***	NS	***	NS	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 17.

¿QUIÉN DEBE HACER EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL?

- 17.1) El médico individualmente
- 17.2) Los Centros para los que se trabaja
- 17.3) Los Colegios Oficiales



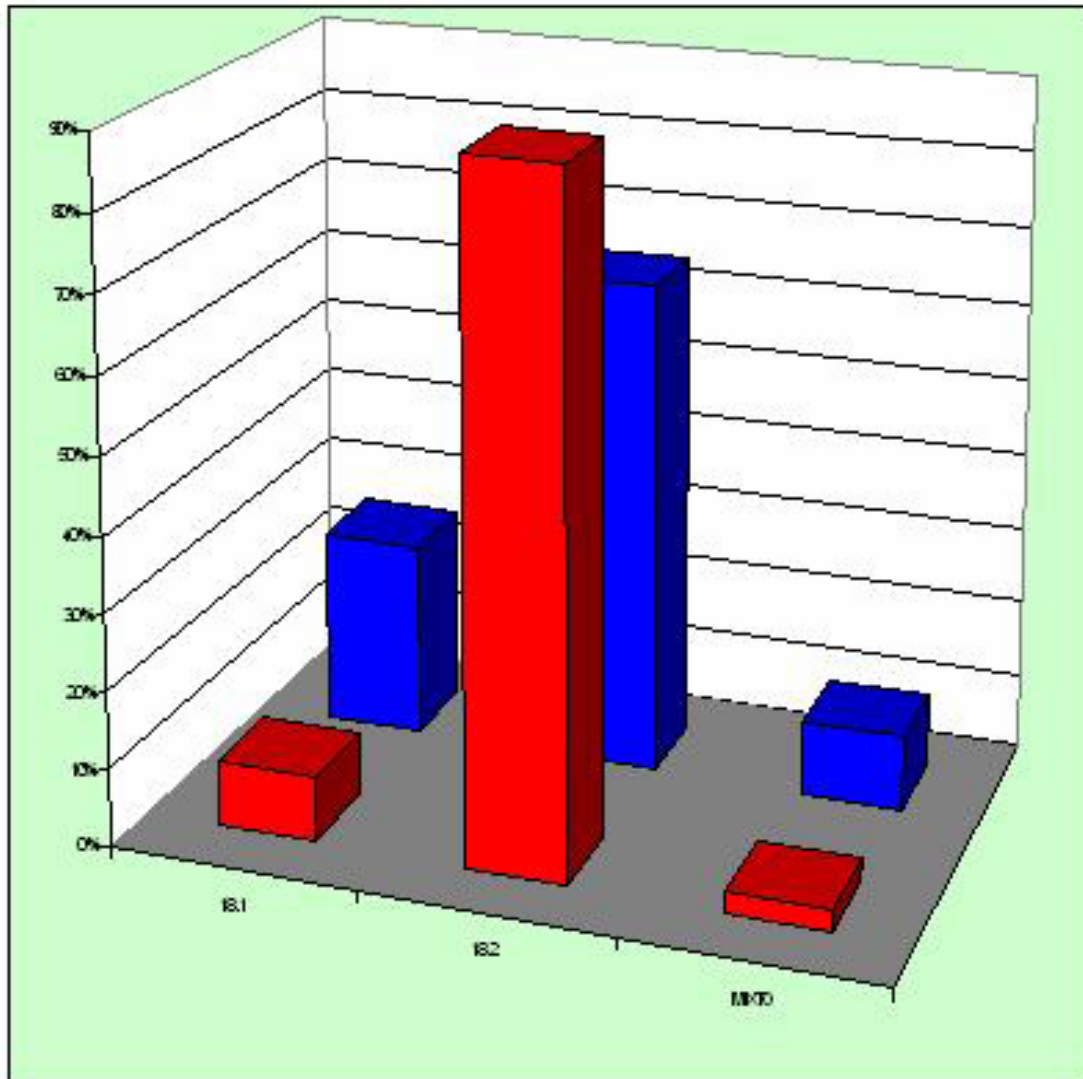
	17.1	17.2	17.3
Médicos	28,6%	48,6%	88,6%
Abogados	54,8%	54,8%	22,6%
Zp	***	**	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 18.

¿QUÉ SISTEMA DE SEGURO CREE MÁS IDÓNEO?

- 18.1) Individual
- 18.2) Colectivo
- 18.3) No sabe/ No contesta



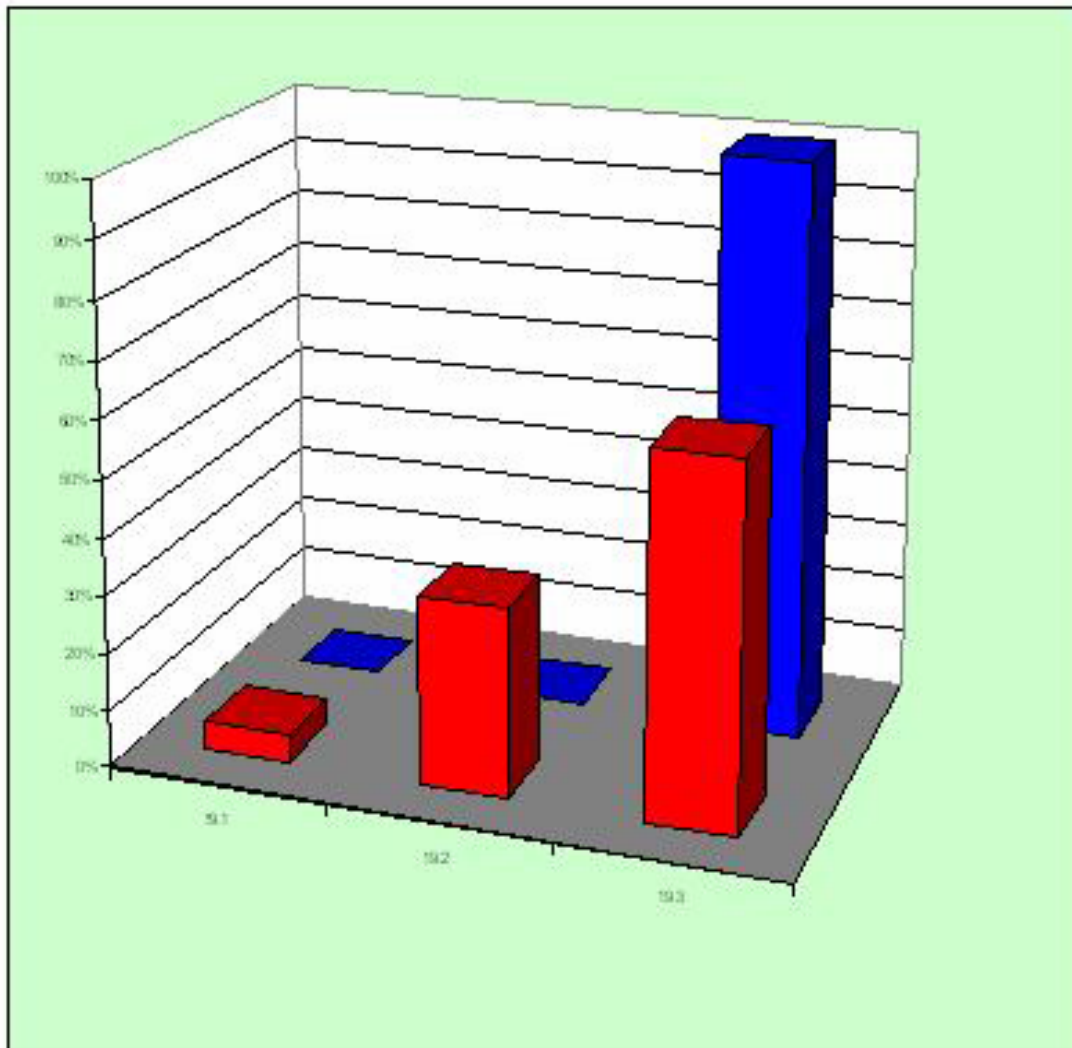
	18.1	18.2	MIXTO
Médicos	8,6%	88,6%	2,9%
Abogados	25,8%	64,5%	9,7%
Zp	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 19.

IMPORTANCIA DEL PERITO MÉDICO EN PROBLEMAS DE MALPRAXIS MÉDICA.

- 19.1) Tiene la misma que el letrado
- 19.2) Es poco importante
- 19.3) Influye poderosamente en la decisión del juez



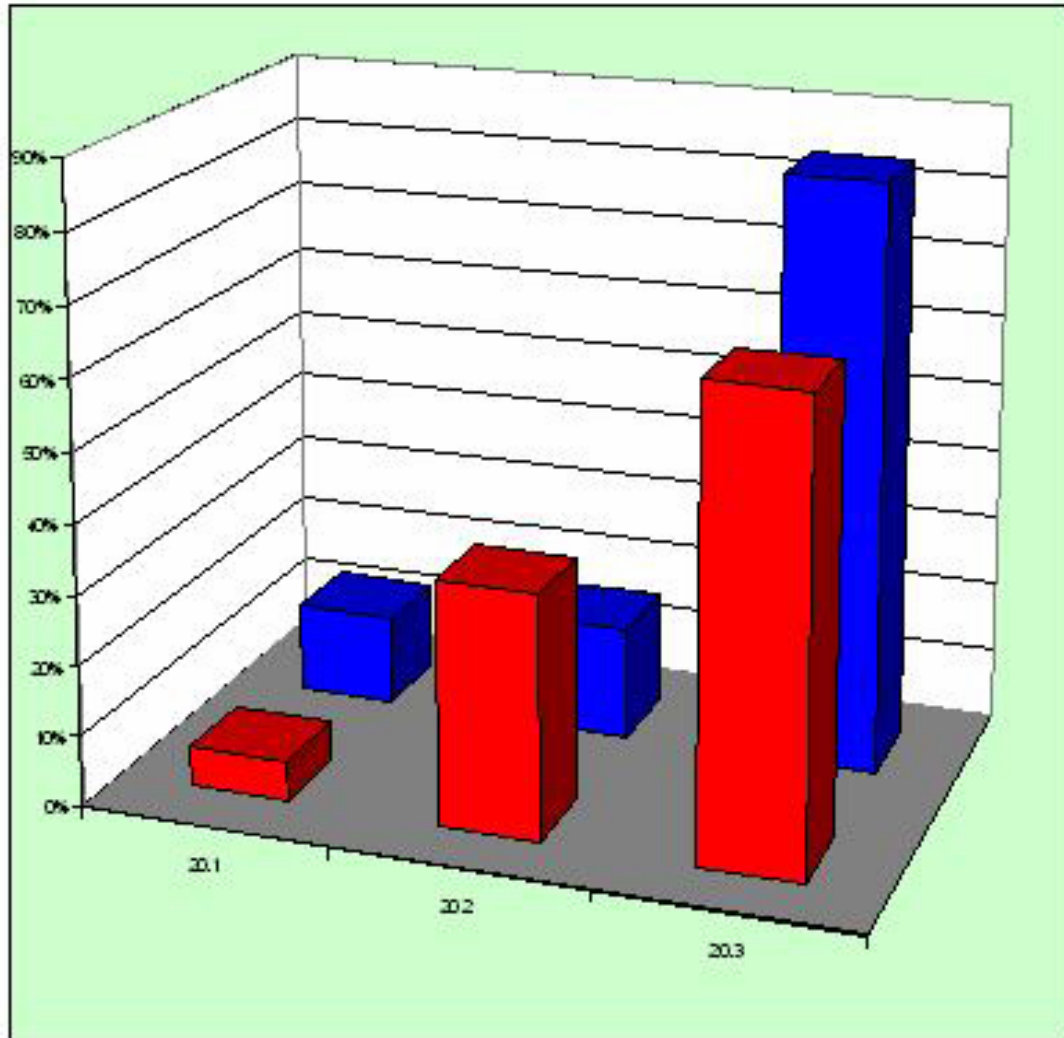
	19.1	19.2	19.3
Médicos	5,7%	34,3%	65,7%
Abogados	0%	0%	100%
Zp	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 20.

¿QUÉ MÉDICO CREE MÁS IDÓNEO COMO PERITO?

- 20.1) El médico forense
- 20.2) Otro facultativo a instancia de parte
- 20.3) Ambos



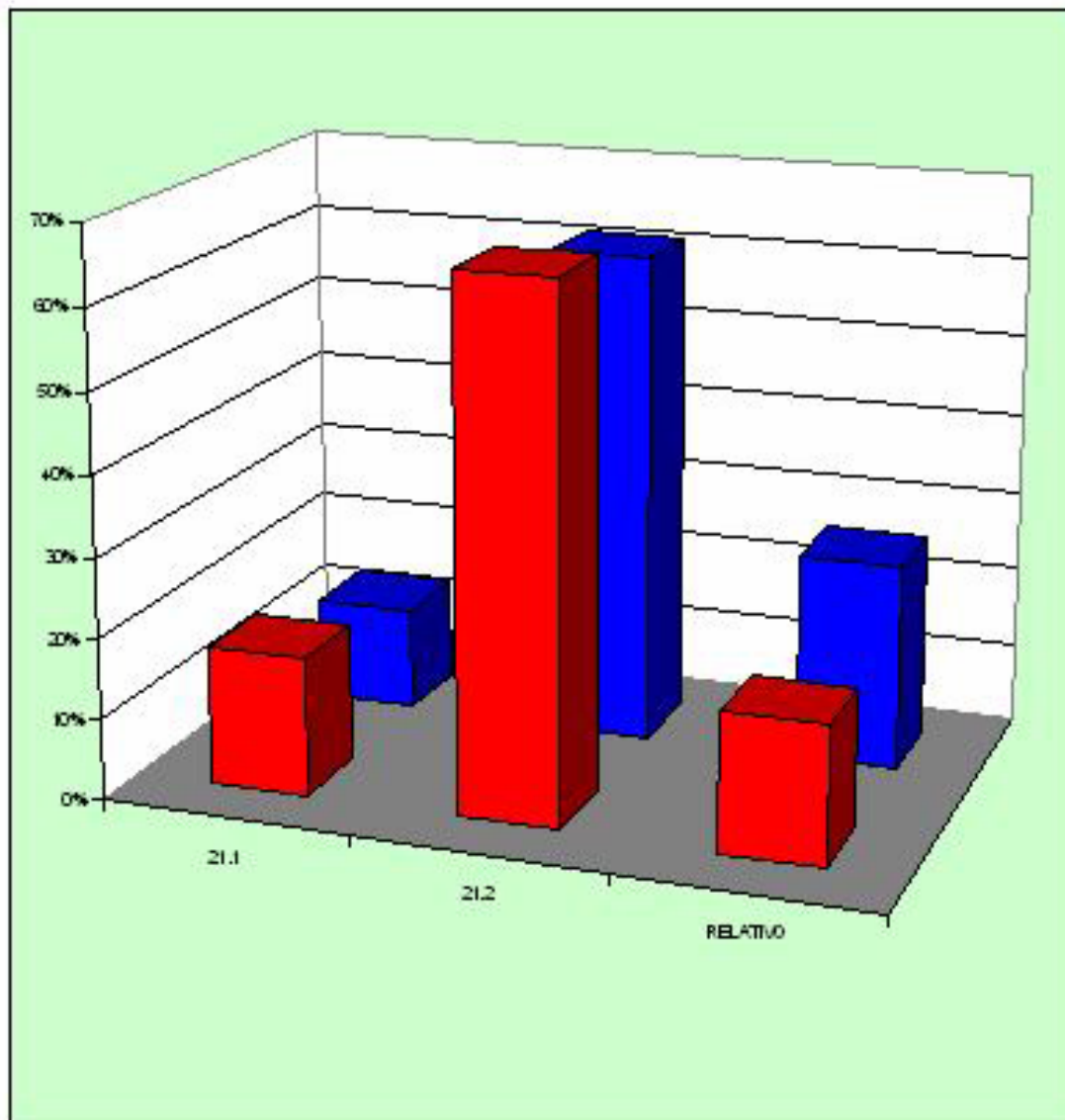
	20.1	20.2	20.3
Médicos	5,7%	34,3%	65,7%
Abogados	12,9%	16,1%	83,9%
Zp	***	***	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

Pregunta número 21.

¿EXISTE CORPORATIVISMO MÉDICO EN LOS PERITAJES?

- 21.1) Sí
- 21.2) No
- 21.3) No sabe/ No contesta



	21.1	21.2	RELATIVO
Médicos	17,1%	65,7%	17,2%
Abogados	12,9%	61,3%	25,8%
Zp	***	*	***

(* $p \leq 0,05$; ** $p \leq 0,01$; *** $p \leq 0,001$)

VI. DISCUSSION.

1. DATOS ESTADISTICOS DE MALPRAXIS MEDICA.

Un escasísimo porcentaje de los Colegios Profesionales contestó este ítem (16,4%), y la mayor parte de los que lo hicieron carecían de concreción en sus respuestas, hasta tal punto que fue necesario enviar la encuesta en varias ocasiones sin llegar a obtener mejores resultados.

Por ello no resultó significativo ni valorable para establecer conclusiones y hubo de renunciarse al mismo. Para suplirlo e intentar dar una dimensión real del problema de la malpraxis, se procedió a revisar bibliografía relacionada con datos cuantitativos sobre malpraxis médica (como ya quedó consignado en la Introducción), aunque también resultó dificultosa y menos significativa de lo que se pretendía.

En consecuencia, esta respuesta refleja que, por norma general, en la actualidad no existe una cuantificación del número de denuncias por negligencia médica ni de las especialidades médicas más afectadas, tanto en los Colegios Oficiales de Médicos como en los Colegios Oficiales de Abogados, lo que nos hace pensar en la poca importancia que se le da a este gran problema desde estos Organos Colegiales, principalmente desde los Colegios Oficiales de Médicos, aún siendo los principales perjudicados y, por ende, interesados.

La dificultad para obtener estas respuestas puede interpretarse como descuido y mala organización o, tal vez, como ocultación de datos y de no querer acometer el problema de una manera real y efectiva asumiendo la magnitud y dificultades del mismo.

No podemos comprender las razones de esta omisión, pero ningunear esta respuesta significa poco interés o, al menos, poco rigor científico, al no enfocarse el problema con un estudio estadístico serio por las Instituciones Colegiales encuestadas, ya que este sería el punto de partida para tratar con efectividad y objetividad un problema de la importancia del que nos ocupa.

2. CAUSAS PRINCIPALES DE IMPRUDENCIA MEDICA.

Es de destacar que ambos colectivos señalan como principal causa de imprudencia médica la *falta de información al paciente* (65,7% los C.O.M. y 71% los C.O.A.). Ello demuestra la gran importancia que se da a este factor como generador de malpraxis y denuncias por la misma.

Indudablemente el mantenimiento de una información continua y puntual de todo aquello que va aconteciendo a lo largo del proceso clínico (impresión diagnóstica inicial, pruebas complementarias utilizadas en el diagnóstico con posibles riesgos y/o efectos secundarios, enfoque terapéutico, complicaciones, etc.), deriva a una relación fluida médico-enfermo y evitaría un gran número de denuncias.

Este resultado coincide con un reciente estudio publicado en la revista *Lancet*, que ponía de manifiesto que de lo que se quejaba la mayoría de los pacientes que llevaban a los tribunales a sus médicos en el Reino Unido no tenía tanto que ver con las consecuencias de lo que consideraban un error médico, como con el comportamiento poco humano o amable de los galenos a la hora de atenderles o comunicarles cuestiones referidas a su tratamiento. (REVELLES y COLOMER, 2002).

En opinión de WU (2001), (profesor del Departamento de Health Policy and Management en la Escuela de Higiene y Salud Pública de la Universidad de Baltimore, Maryland), experto que ha publicado numerosas obras sobre errores médicos, entiende que un método eficaz para reducir el número de demandas es la transparencia con los pacientes y sus familias: *“Como médicos en quienes han depositado nuestra confianza los pacientes, debemos soportar una obligación especial de contarles los errores que hayamos cometido en su cuidado. Una explicación en lenguaje llano de qué sucedió, una descripción de las consecuencias de la actuación médica, una expresión de arrepentimiento personal y, finalmente, una disculpa”*.

Por otra parte, existen opiniones y decisiones jurisprudenciales muy autorizadas en las que se juzga con cierta elasticidad asuntos relacionados con el consentimiento informado, considerando selectivamente los casos y el modo y circunstancias de la información.

Se señala en segundo lugar la *despersonalización de la asistencia* (48,6% los C.O.M. y 54,8% los C.O.A.). Es llamativo que este segundo factor está asumido también por los médicos, lo que indica la consciencia de tal déficit. Siendo de este parecer los Colegios Oficiales de Médicos, no se explica que a partir de los mismos no se trate de combatir esta tendencia y exhortar a sus colegiados en este sentido con mayor insistencia.

Y, en tercer lugar, los médicos le dan cierta importancia a la *falta o mal uso de las historias clínicas* (34,3%), mientras que los abogados le dan gran importancia a

la *falta de medios diagnósticos y terapéuticos complementarios y al incumplimiento de protocolos o estándares mínimos* (54,8% y 51,6% respectivamente).

Hay que señalar, además, que se descarta por ambos colectivos la *excesiva utilización de medios auxiliares* como causa de malpraxis, lo que parece estar justificando la realización de una medicina defensiva. En este punto los estudiosos y conocedores del problema no están tan definidos. De este modo, pues, si bien la utilización de medios auxiliares siempre puede aportar datos y defender al médico al aparentar con ello hacer una mejor medicina, en una actuación médica hay que valorar también que el uso excesivo de los mismos lleva aparejadas indudables connotaciones negativas, al distribuirse mal entre la población los recursos de que se dispone, amén de aumentar las listas de espera y, algo muy poco considerado, pero no por ello sin importancia, que es la tardanza en la emisión de dictámenes diagnósticos y terapéuticos, al menos de tipo orientativo y provisional.

3. CAUSAS DE AUMENTO DE LAS DENUNCIAS POR MALPRAXIS MEDICA.

Existe discrepancia a la hora de señalar la principal causa de aumento de las denuncias por malpraxis médica, mientras que los C.O.M. señalan a la *inducción por prensa y asociaciones* (62,9%), los C.O.A. indican como principal causa la *mayor información de los usuarios* (hasta un 80,6%). Y es que a pesar de haberse señalado la falta de información al usuario como principal causa de imprudencia médica, parece que el colectivo médico no quiere llegar a entender que los usuarios están muy bien informados de sus derechos, eso sí, en gran medida gracias a los medios de comunicación.

Por ello, en realidad no hay divergencia entre la respuesta de ambos colectivos, pues ambos factores son muy importantes. De algún modo una causa es debida a en parte a la otra, llegando los médicos a interpretar de manera subjetiva el problema. Cuando la prensa se mueve, moviliza masas, y el populismo es una tentación inevitable de los medios de comunicación, tan fácil de hacerse en esta materia. Los médicos saben bien las consecuencias negativas que para ellos se derivan, al intimidarlos e intentar llevarlos al banquillo, criticando muchas veces conductas de modo infundado o, cuando menos, muy exagerado y partidista.

Como refieren REVELLES y COLOMER (2002), expertos en errores médicos, como el presidente de la Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública, Marciano Sánchez-Bayle, apuntan a dos factores antagónicos a la hora de explicar tanto el incremento de denuncias como la sensación social de desconfianza hacia la asistencia médica: el primero tiene que ver con la mayor información y conocimientos biomédicos de la ciudadanía en general, mientras que el segundo radica en la desinformación absoluta y falta de comunicación que muchos pacientes atribuyen a sus médicos.

En segundo y tercer lugar, siguiendo la distribución simple de frecuencias, existe coincidencia al señalarse como causas la *obtención de indemnizaciones por la vía seguros de responsabilidad civil* así como la existencia de una *medicina más despersonalizada* (un 48,6 % y 45,7% por parte de los C.O.M. y un 54,8% y 64,5% por parte de los C.O.A. respectivamente). Este es un hecho indudable, por otra parte común con lo que ocurre en otros países con historia más antigua del problema, ya que al estar los médicos avalados por seguros de responsabilidad civil, siempre parece mayor la posibilidad de obtener más y mejores indemnizaciones.

Se descarta de manera absoluta que se realice actualmente una *peor medicina*. Es un hecho evidente que la medicina cada día es mejor, aunque ello no quiera decir que no sea mejorable. Si bien se ha progresado en técnicas diagnósticas y terapéuticas, conocimientos científicos, medios personales y materiales, etc., se echa de menos en muchos casos una responsabilización directa del paciente, que entendemos aportaría calidad a la asistencia y mejoraría de manera considerable la relación médico-paciente.

4. CONSECUENCIAS E INFLUENCIA DE LA MALPRAXIS EN EL EJERCICIO MÉDICO.

Hay que aclarar que la cuestión formulada no se refiere a la malpraxis en sí, sino a las denuncias por la misma.

Existe coincidencia general en que la malpraxis ejerce una influencia negativa en el ejercicio médico, al ocasionar *medicina defensiva para evitar denuncias* (un 85% los C.O.M. y un 93,5% los C.O.A.). Son unas cifras muy altas, que hay que valorar en todo su significado pese a que haya diferencias estadísticamente significativas entre los dos colectivos estudiados.

El estudio individualizado de los resultados permite señalar que el colectivo médico fundamentalmente aprecia *consecuencias negativas* (un 62,9% señala el *abuso de medios complementarios* y un 54,5% el *encarecimiento de la medicina*), mientras que los abogados constatan *consecuencias positivas* en el hecho de que se *estimula la atención y el cuidado* (51,6%) y se *exige el cumplimiento de estándares* (32,2%).

Debe destacarse que, a pesar de señalar los médicos *la pérdida de espontaneidad en la toma de decisiones* (31,4%), no entienden, o no conocen, que desde los Tribunales se les exige cada día más el cumplimiento de estándares o protocolos, hecho captado por el colectivo de los abogados, más próximo al ambiente jurídico.

Como ya se mencionó en la Introducción, los protocolos clínicos constituyen una serie de normas o reglas técnicas que operan como pautas o recomendaciones dirigidas a los profesionales sanitarios, y otorgan al médico amparo a la hora de justificar su actuación, mayor si los protocolos utilizados se hallan avalados por las Sociedades Científicas de su especialidad.

Y es que el órgano judicial encargado de resolver la reclamación no conoce generalmente la actividad médica ni las condiciones en las que ésta se desenvuelve. Así es una constante en numerosas sentencias absolutorias que el cumplimiento de los protocolos constituye un aval del conocimiento por parte de los facultativos de los riesgos, las complicaciones y la evolución previsible, así como de la medida de la atención y diligencia adoptada por los mismos en presencia de los riesgos que normalmente se asumen.

Y no comprendemos que puedan limitar la espontaneidad en la toma de decisiones, ya que un buen protocolo debe ser flexible y cabe apartarse de él si el médico opina que es preciso otra terapia u otra prueba diagnóstica.

Y todo ello porque al ser la medicina una ciencia axiológica relativa y, por tanto, inexacta, debe prevalecer en el médico la libertad de elegir el tratamiento y el enfoque diagnóstico que estime oportuno, es decir, la autonomía del facultativo, siempre y cuando sus decisiones estén fundadas científicamente.

Llama la atención que desde el colectivo médico no se considere en la medida de lo debido a un factor tan relevante como es la prestación cuidadosa de la asistencia. Así, hemos comprobado en la revisión jurisprudencial del tema que tratamos la gran importancia que se le da a la actuación personal en el ejercicio médico y, en este sentido, se constatan muchas más sentencias condenatorias por falta de cuidados adecuados que por falta de medios o formación científica.

5. ¿QUIEN CREE QUE PUEDE ACTUAR CON MAS EFECTIVIDAD PARA RESOLVER LOS PROBLEMAS DE MALPRAXIS MEDICA?

Entienden ambos colectivos que los *Organismos Médicos Rectores* son quienes pueden actuar con mayor efectividad para resolver los problemas de malpraxis médica (un 80% por parte de los C.O.M. y un 90,3% por parte de los C.O.A.).

En segundo lugar, existe igualmente coincidencia al señalar a los *Jueces* (42,9% los C.O.M. y un 51,6% los C.O.A.) y destaca el escaso papel que dejan a las *Compañías de Seguros* (22,9% los C.O.M. y 16,1% los C.O.A.) que son los organismos que tienen que hacer frente a las indemnizaciones.

Los Organismos Médicos Rectores no se especifican, pero como tales deben entenderse los Organismos Sanitarios pertenecientes al Sistema Nacional de Salud, muy principalmente la Seguridad Social, que no sólo pueden dictar normas de conducta, sino también controlar con eficacia y constancia su cumplimiento. En otro plano pueden considerarse como Organismos Médicos Rectores los Colegios Profesionales, pero en la práctica no tienen vías tan eficaces ni interesadas en el tema como los anteriores. Es natural que se consideren a gran distancia en este sentido a los Jueces y mucho más a las Compañías de Seguros.

No puede olvidarse la posibilidad de que en un próximo futuro estas instituciones colegiales puedan influir en gran medida a través de soluciones extrajudiciales. Y en este mismo sentido, este aspecto se hace extensivo a la colaboración e impulso que puedan dar a estos procedimientos los letrados o las compañías de seguros, puntales importantísimos para que se generalicen estos procedimientos.

6. ¿QUE OPINION TIENE DE LAS ASOCIACIONES CONTRA MALPRAXIS MEDICA?

Existe discrepancia en la opinión existente de las Asociaciones contra Malpraxis Médica, ya que mientras los C.O.M. contestan en primer lugar (45,7%) que *son peligrosas por tendencia reivindicativa de sus promotores*, los C.O.A. opinan (38,7%) que *son útiles porque instruyen y orientan al usuario*.

La definición sobre este asunto no es clara, pues las cifras recogidas son bajas y ello da idea de que no son muy claras las ideas sobre el particular.

A pesar de que existan diferencias estadísticamente significativas al 5%, se aprecia relativa coincidencia en ambos colectivos en señalar que estas asociaciones *están mal informadas y que poseen ciertas influencias neuróticas* (un 42,9% los C.O.M. y un 38,7% los C.O.A.). Ello significa que podrían ser mucho más correctas y efectivas, buscando mayor información, y evitando la contaminación por causas ajenas a lo que es enjuiciar el quehacer médico. No obstante, tras aplicar estudio estadístico se aprecian diferencias significativas entre ambos colectivos.

Y existe coincidencia plena, sin diferencias estadísticamente significativas, al entender que *son peligrosas por el afán de protagonismo de sus promotores* (en un 34,3% los C.O.M. y un 32,2% los C.O.A.).

Estas respuestas parecen bajas, ya que cuando tales asociaciones intervienen en los medios de comunicación (fundamentalmente televisión o radio) aportan informaciones totalmente parciales, cargadas de connotaciones subjetivas, carentes de rigor científico alguno y, en no pocas ocasiones, refiriendo datos objetivamente falsos. Por ello, entendemos que en no pocas ocasiones confunden al usuario y alimentan una tendencia reivindicativa ante cualquier complicación que surja durante una asistencia médica. Se entiende que sería aconsejable el asesoramiento de profesionales de la medicina en estas asociaciones, así como la representación de las mismas en los medios de comunicación, lo que las dotaría de mayor nivel científico y, por ende, de más objetividad a la hora de tratar este problema, evitando así la confusión al usuario.

7. ¿COMO ACTUAR CONTRA LA MALPRAXIS?

A diferencia de las diferencias significativas observadas tras realizar estudio estadístico basado en contraste de proporciones, estudiada la distribución simple de frecuencias se constata una respuesta similar en ambos colectivos: en primer lugar, se señala como principal medio de actuación contra la malpraxis médica la *corrección de los defectos conocidos* (94,3% los C.O.M. y 90,3% los C.O.A.) y, posteriormente, se acepta la *indemnización a los posibles perjudicados* (un 48,6% los C.O.M. y un 58,1% los C.O.A.).

Debe mencionarse el rechazo absoluto por parte del colectivo médico de la *penalización administrativa o judicial*, así como una escasa respuesta (19,4%) desde el colectivo jurídico.

Ello parece significar que se pretende fundamentalmente corregir los defectos y, en segundo término, indemnizar a los posibles dañados. Mucho más que medidas de tipo punitivo. Hay que tener en cuenta que si esta pregunta se formulara directamente a los perjudicados, con gran probabilidad habría un incremento en la represión penal del profesional denunciado. Estos hechos han sido reflejados en programas televisivos o artículos periodísticos en que con frecuencia se hacen alusiones al deseo por parte de la víctima de que el médico denunciado ingrese en prisión y que no vuelva a ejercer la medicina.

8. ¿COMO EVITAR LA MALPRAXIS?

En función de la distribución simple de frecuencias vuelve a apreciarse uniformidad en las contestaciones ofrecidas por los colectivos de médicos y abogados, con ciertos matices.

Ambos destacan que para evitar la malpraxis médica es fundamental *informar mejor y hablar más con el paciente* (un 80% los C.O.M. y un 71% los C.O.A.), hecho que coincide con la contestación a la principal causa de imprudencia médica (pregunta número 2).

Se exige igualmente *mayor formación y conocimientos médicos* (hasta un 80% de los C.O.A. y un 51,4% de los C.O.M.). El colectivo médico entiende (51,4%) que serían necesarios *más medios técnicos diagnósticos y terapéuticos*, cuestión que también es aceptada en tercer lugar por el colectivo de abogados (45,2%).

9. ¿COMO RESOLVER LA RESPONSABILIDAD POR MALPRAXIS?

Existe coincidencia absoluta observando la distribución simple de frecuencias en que la vía de resolución de la responsabilidad por malpraxis médica debe ser *otra distinta de los sistemas habituales judiciales por agravio* (un 80% los C.O.M. y un 71% los C.O.A.). Parece apuntarse desde estos colectivos que el procedimiento actual (vía judicial) tiene numerosos inconvenientes y que pueden ser muy útiles sistemas como la Conciliación, la Mediación o el Arbitraje.

Los datos obtenidos son, pues, muy significativos en ambos grupos encuestados, y responden a lo expuesto en la referida exposición, y, desde una vertiente estadística de distribución simple de frecuencias, y por ello, un tanto objetiva, avalan los conceptos y tesis expuestas.

No cabe duda que existe una importante tendencia a buscar otras vías de tipo extrajudicial para corregir y reparar parcialmente estos problemas. Es momento de prestar atención a los medios apuntados o a otros que simplifiquen los procedimientos, eviten gastos contingentes y sean más rápidos y elásticos, sin el corsé de la Ley. De ellos se ha hecho un detenido estudio en nuestra exposición teórica.

Sin duda alguna el progreso va por esta vía, y así, países con posibilidades económicas (EE.UU., Canadá, Países Nórdicos, etc.) utilizan este tipo de procedimientos. Se entiende que las cifras obtenidas en este sentido serán superiores en el futuro cuando se conozcan mejor y se tenga mayor confianza en las vías extrajudiciales.

10. EN LA VIA JUDICIAL, ¿QUE CRITERIO JUZGA MAS IDONEO?

Existe uniformidad en la distribución de frecuencias realizada en que, dentro de la vía judicial, debe primar la *responsabilidad subjetiva*, que implica culpabilidad, contestando de este modo un 60% los C.O.M. y un 64,5% los C.O.A. Esta parece la idea más asumida, con diferencias significativas al 5% en la opinión de ambos colectivos.

Se interpreta esta respuesta en el sentido de que el colectivo médico no acaba de comprender, o mejor dicho, asimilar, la responsabilidad objetiva, esto es, que se tenga que responder de los daños derivados de actuaciones médicas sin que haya mediado culpa alguna (caso de riesgos típicos). En todo caso, se entiende que la responsabilidad podría ser instada a la Administración, pero nunca al médico.

Dista mucho la opinión de ambos colectivos de la doctrina actual que prima en la jurisdicción contencioso-administrativa (responsabilidad objetiva). Este orden jurisdiccional es el competente para enjuiciar denuncias por imprudencias médicas en las que intervienen organismos sanitarios dependientes de la Administración, que es la inmensa mayoría de los casos que se presentan. Realmente, la doctrina de la responsabilidad objetiva está mucho más avanzada y nos viene impuesta desde el exterior (EE.UU., Unión Europea), y es condicionada e inevitable cuando paralelamente existe riqueza y posibilidad de responder a sus exigencias.

En nuestro país los criterios judiciales no están muy bien definidos, aplicándose con irregularidad ambas posturas, constatándose diferencias muy sensibles entre unas y otras Audiencias, entre éstas y las Sala de lo Contencioso de los Tribunales Superiores de Justicia o de la Audiencia Nacional, y entre éstas y el Tribunal Supremo. Todo ello motiva inseguridad jurídica, muy perjudicial en la resolución del problema que tratamos. No obstante, queremos reflejar que cada día está tomando mayor fuerza la tendencia a indemnizar por riesgo típico, sobre todo, cuando de algún modo es responsable la Administración.

11. ¿QUE OTROS PROCEDIMIENTOS CONOCE?

Respecto al conocimiento de otros procedimientos distintos de los que siguen la vía judicial para abordar la responsabilidad por imprudencias médicas, la respuesta ofrecida por ambos colectivos es ciertamente pobre y refleja un notable desconocimiento de las diferentes vías posibles, procedimientos que, por otro lado, se

están utilizando en países que van unos años adelante al nuestro en el tema que nos ocupa.

Así, el colectivo médico conoce únicamente en un porcentaje del 51,4% los *sistemas administrativos “sin falta”* y los *acuerdos privados entre Compañías de seguros o particulares*. Del resto de procedimientos no alcanzan a tener siquiera conocimiento un 50% de los encuestados.

No es más alentadora la respuesta en el colectivo de abogados, que vuelven a contestar mayoritariamente los *acuerdos privados entre Compañías de seguros o particulares* (77,4%) y los *sistemas administrativos “sin falta”* (67,8%), existiendo un notable desconocimiento del resto de procedimientos extrajudiciales.

En general, la razón de las pobres respuestas obtenidas es que hasta el día de hoy apenas se han utilizado estos procedimientos en nuestro país (y tampoco de modo general en la Unión Europea), aunque se vienen utilizando en países como EE.UU., Canadá o Países Nórdicos desde hace muchos años, motivado por las diferencias de recursos económicos a favor de estos países.

12. ¿CUAL DE ESTOS SISTEMAS LE PARECE MEJOR?

El colectivo de los C.O.M. no se decanta por ningún procedimiento en especial de manera significativa, lo que unido a la respuesta ofrecida en el anterior ítem, presume cierto desconocimiento de los mismos.

Sin embargo, los C.O.A. se definen mayoritariamente (un 58,1%) por los *acuerdos privados entre Compañías de Seguros o particulares*, en concordancia con la capacidad y tendencia negociadora de este colectivo. Es una respuesta normal, pues en la realidad es el procedimiento más conocido, más directo, más sencillo, más practicado y, por tanto, más experimentado.

Por nuestra parte nos definimos en un sentido similar al del colectivo de abogados, inclinándonos por acuerdos privados como procedimiento inicial sin perjuicio de que, en caso de fracaso, se pueda acudir a sistemas de mediación complementarios o más complicados. La mediación, a nuestro parecer, es el procedimiento ideal, al ser muy poco complicado, necesitar pocos intermediarios y poder ofrecer resultados muy favorables para ambas partes, aparte de ser un procedimiento que no imposibilita la vía judicial.

La utilización del resto de procedimientos, desde nuestro punto de vista, acarrearía un incremento del número de reclamaciones, así como de los costes indemnizatorios.

13. ¿POR QUE RAZONES CREE QUE SE DEBE INDEMNIZAR?

Tanto los C.O.M. como los C.O.A. entienden que debe indemnizarse tanto *por la existencia de falta* -ilícito penal o civil- (54,3% y 54,8% respectivamente) como *por la existencia de culpa* -daño yatrogénico derivado del acto médico- (62,9% y 54,8%), con una coincidencia total entre ambos colectivos no reflejándose diferencias estadísticamente significativas tras el contraste de proporciones basado en la distribución normal.

Personalmente, creemos que ningún profesional de la medicina tendría que responder por riesgos típicos. En vía penal, por descontado que no (es la norma) y en vía civil, tampoco. La vía administrativa sinceramente no la entendemos, pues se está asumiendo en muchas ocasiones una responsabilidad inherente a algo tan inevitable como es la enfermedad y la muerte.

Finalmente, ambos colectivos, estudiando la distribución simple de frecuencias, descartan que deba indemnizarse por la existencia exclusiva de pérdida ocurrida, es decir, aún sin probarse la causalidad. Este sistema aún nos causa sorpresa. No tiene razón de existir con carácter de obligación de respuesta por responsabilidad, sino porque se establezcan seguros individuales a tal fin, totalmente privados, del mismo modo que alguien se asegura sus piernas o cualquier otra facultad.

14. MEDIDA O QUANTUM DE LA COMPENSACION.

Puede apreciarse una notable discordancia en la respuesta ofrecida por los colectivos encuestados: mientras que los C.O.M. para pérdidas específicas son partidarios mayoritariamente (68,6%) de indemnizar los *daños catalogados* en conjunto previamente, los C.O.A. de forma abrumadora (83,9%) entienden que deben indemnizarse *todos los daños* (incluso morales, judiciales, abogados, etc.). Son respuestas que reflejan en cierto modo “tendencia profesional” por parte de ambos colectivos: los médicos prefieren lo mínimo y más concreto; los abogados, lo máximo y menos definido, que les permite mayor margen de acción.

La respuesta nos hace pensar que el colectivo médico estaría más seguro si estuvieran los daños catalogados y baremizados, pues así el profesional de la medicina sabría a qué se expone ante determinadas circunstancias y qué medidas tomar ante ellas (entre otras cosas la cobertura y cuantía de los seguros de responsabilidad civil).

Y por otro lado, se nos antoja cierta tendencia lucrativa del colectivo jurídico en su respuesta, dejando siempre abierta la posibilidad de indemnización por daños morales, muchas veces interpretados con gran subjetividad y, por tanto, muy difíciles de valorar con exactitud, lo que ocasiona inseguridad jurídica.

15. ¿QUE SISTEMA CREE MAS IDONEO PARA FIJAR LA INDEMNIZACION?

No existe uniformidad en las respuestas ofrecidas por el colectivo médico y jurídico a la hora de determinar el sistema para fijar la indemnización. Los C.O.M. prefieren, en consonancia con la respuesta ofrecida en el anterior ítem, la existencia de *baremo* de manera netamente mayoritaria (85,7%), y en segundo lugar, los C.O.A. se decantan con escaso margen (48,4% frente a 41,9%) para que las indemnizaciones se fijen de *forma discrecional*.

La lectura que nos ofrecen estos resultados coincide con lo anteriormente reseñado. Mientras el colectivo médico desea conocer la cuantía del riesgo al que se expone, el de los abogados prefiere la subjetividad del Tribunal que juzga el caso denunciado. Esto habla a favor de las ventajas del baremo, pues incluso los abogados, que generalmente prefieren lo discrecional y menos definido, sin embargo, se

decantan con muy escaso margen respecto al baremo que ofrece seguridad y equidad frente al caos de lo discrecional.

Desde nuestro punto de vista somos decididos partidarios del baremo cuyas ventajas fueron reseñadas en la exposición teórica del mismo en el capítulo II de la Introducción. No obstante, no dejamos de comprender que un baremo siempre representa una barrera o limitación para un letrado y va contra la mentalidad de estos profesionales, hecho que a nuestro juicio influye de modo trascendental en la oposición de este colectivo a que se implanten los baremos como sistema para fijar las indemnizaciones. Por parte de eminentes juristas, como Soto Nieto, se aconseja decididamente la utilización de estos sistemas, ante su experiencia previa en valoración del daño corporal en general, y en particular el debido a accidentes de tráfico.

16. ¿QUE OPINA DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL?

La respuesta ofrecida por el colectivo médico es contundente, entendiéndose de manera casi totalitaria (97,1%) que el seguro de responsabilidad civil profesional es *absolutamente necesario*, hecho con el que coincide según el estudio de la distribución simple de frecuencias el grupo de los C.O.A. (con un 93,5%).

Es un hecho indudable que el seguro de responsabilidad civil profesional es algo absolutamente necesario, sin el cual hoy en día no puede ejercerse la medicina. En EE.UU. cuando una compañía de seguros deniega la póliza, equivale a imposibilidad de continuar ejerciendo la profesión de médico. En nuestro medio, asimismo, no debemos olvidar que cada vez se tiende más a criterios de

responsabilidad objetiva, con lo que cada día son más los casos indemnizables y más altas las indemnizaciones, hechos que impiden el ejercicio de esta profesión sin la cobertura aseguradora correspondiente.

No queremos dejar de reflejar finalmente que el conocimiento por parte de las víctimas y de sus letrados de la existencia de seguros de responsabilidad civil influye de manera indudable en el incremento del número de reclamaciones.

Tras estudio de contraste de proporciones, no se aprecian diferencias estadísticamente significativas en las opiniones de los colectivos encuestados respecto a que el seguro de responsabilidad civil profesional, por un lado, *permite actuar con menor estrés* (un 22,9% los C.O.M. y un 25,8% los C.O.A.), y por otro, a que se descarte de manera absoluta que *no se estime preciso* para el ejercicio profesional.

17. ¿QUIEN DEBE HACER EL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL?

Los C.O.M. responden con claridad (88,6%) que son los *Colegios Oficiales* quienes deben hacer el Seguro de Responsabilidad Civil, y los C.O.A. responden que les corresponde a los *médicos individualmente o a los Centros para los que se trabaja* (54,8% en ambos casos), descartando a los *Colegios Oficiales*.

Así, los médicos parecen entender que el problema debe afrontarse de manera conjunta, haciendo un seguro de Responsabilidad Civil desde los Colegios Oficiales. Así se obtienen mejores tarifas, no tienen que preocuparse de la gestión y, con este proceder, suponen cubiertos los riesgos habituales de responsabilidad por

malpraxis. Es además un procedimiento de control y seguridad de que se cumple el requisito de estar asegurado.

Este proceder es claramente desaconsejado por parte de los abogados, sin que sepamos interpretar por qué razón lo hacen. ¿Será tal vez porque los Seguros realizados desde los Colegios Oficiales se presumen realizados por técnicos en la materia que están más capacitados para defender a posibles encartados o inculpados que aquellos elaborados por una Compañía de Seguros no especializada en estos problemas? También existe la posibilidad de que los abogados prefieran la responsabilidad directa del inculpado sin intermediarios.

18. ¿QUE SISTEMA DE SEGURO CREE MAS IDONEO?

Respecto al tipo de seguro de responsabilidad civil, hay acuerdo en las respuestas emitidas por los encuestados, al entender que debe ser *colectivo*. Así contestan un 88,6% de los C.O.M. y un 64,5% de los C.O.A.

Por parte de los C.O.M. la respuesta es natural, pues con este proceder se aseguran mejores condiciones. Para los abogados, la existencia de seguro colectivo es una garantía, aunque pierdan margen de maniobra al tener que mediar con Compañías, expertas en estos procederes. Pero la seguridad prima, y, aunque puedan conseguirse así indemnizaciones menores y contra mayor resistencia, ello queda compensado con el aval que supone esta responsabilidad subsidiaria.

19. IMPORTANCIA DEL PERITO MEDICO EN PROBLEMAS DE MALPRAXIS.

En relación a la importancia del perito médico en los problemas de malpraxis médica, podemos comprobar que desde ambos colectivos se entiende que *influye poderosamente en la decisión del juez*, concretamente un 65,7% de los C.O.M. y un 100% de los C.O.A., quienes demuestran tener mejor conocimiento del valor que se les da desde los Tribunales a una pericia que versa sobre un campo en el que los juzgadores frecuentemente se encuentran indefensos. Sería de esperar una respuesta más alta en los médicos. Pero quizá se inhiban porque saben que los peritos médicos pueden aclarar o descubrir negligencias o malpraxis que a otros (legos en medicina) les pasarían desapercibidas. Secundariamente sería un signo de que no creen en el corporativismo médico, pues de lo contrario no apreciarían inconveniente alguno en la intervención de un perito médico.

Desde nuestro punto de vista, fundamentado en nuestra experiencia profesional (ejercicio de la medicina forense) así como en la de múltiples compañeros de profesión, la pericial médica nos parece el elemento más importante en la resolución de problemas de malpraxis, y no sólo por la vía judicial sino incluso en vías extrajudiciales. Un informe médico correcto es fundamental para aclarar situaciones confusas y permite enjuiciar los hechos dentro de parámetros objetivos y con el debido rigor científico. Y abundando en el tema, entendemos que uno de los principales inconvenientes de los sistemas extrajudiciales (Mediación, Conciliación o Arbitraje) es que el médico no tenga la máxima importancia en la resolución del problema.

20. ¿QUE MEDICO CREE MAS IDONEO COMO PERITO?

Al solicitar opinión sobre el tipo de médico más idóneo para la realización de la pericia, nuevamente existe uniformidad en la respuesta emitida analizando la distribución simple de frecuencias, ya que tanto los C.O.M. (65,7%) como los C.O.A.

(83,9%) consideran que debe realizarse tanto por el *médico forense* como por un *facultativo a instancia de parte*, lo que nos revela que la pericia debe ser lo más amplia posible y poder ayudar en el mismo grado a los Tribunales encargados de enjuiciar el caso.

Este es un tema, a nuestro parecer, de enorme importancia e interés, ya que como hemos referido anteriormente un buen peritaje es algo fundamental, y el mismo está condicionado fundamentalmente por la elección del perito adecuado.

Al iniciarse la inmensa mayoría de las denuncias médicas mediante procedimientos judiciales en vía penal, el perito encargado de emitir el informe viene siendo el médico forense, quien posee a nuestro juicio una característica fundamental en la prueba pericial muy difícil de igualar en las periciales solicitadas por alguna de las partes: la neutralidad y objetividad.

No obstante, desde diversos foros se viene apuntando la necesidad de médicos especialistas en la elaboración de este tipo de informes. En no pocas ocasiones las denuncias versan sobre actuaciones médicas realizadas por especialistas (a veces de superespecialidades), y es fundamental que el perito que informa sobre la adecuación de la conducta a la *lex artis* tenga el nivel de especialización precisa, es decir, que posea garantía de suficiencia técnica y científica, hechos que normalmente están presentes en especialistas en la materia con muchos años de ejercicio profesional y que se encuentran en contacto diario y directo con el asunto que se trate.

Así, desde nuestro punto de vista, lo ideal sería gozar de la intervención en este tipo de pericias por un lado del médico forense, quien aportaría suficiente garantía de imparcialidad, y por otro lado, de un médico especialista que habitualmente se enfrenta a actuaciones médicas similares a la peritada.

Y no debemos olvidar que las reclamaciones judiciales, si no interviene ningún órgano dependiente de la Administración, pueden resolverse en la vía civil, hecho de enorme trascendencia en la pericial. La prueba pericial ha cambiado radicalmente desde la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en la que el médico forense prácticamente no tiene nada que decir en cuanto sea recusado por alguna de las partes. En una época anterior no estaban definidas las actuaciones de los peritos privados con la agilidad que se encuentran hoy en día, hecho que incrementa la importancia de los mismos en la decisión judicial final.

21. ¿CREE QUE EXISTE CORPORATIVISMO MEDICO EN LOS PERITAJES?

Tras revisar la distribución simple de frecuencias, se aprecia coincidencia por parte de ambos colectivos al contestar que *no existe corporativismo médico* en los peritajes, entendiéndolo así un 65,7% de los C.O.M. y un 61,3% de los C.O.A., hecho que demuestra el grado de confianza depositada por parte de los profesionales implicados en el problema en aquellos facultativos encargados de emitir la pericia, confianza que por otro lado, se echa en falta en las asociaciones contra malpraxis médica y en los medios de comunicación al referirse a este asunto. Realizado estudio de contraste de proporciones, se aprecian diferencias estadísticamente significativas al 5% en la opinión de ambos colectivos anteriormente reflejada.

Estas respuestas destruyen la idea del corporativismo, pues nadie sabe más de ello que los abogados, concedores del proceder del colectivo médico.

Antes podía existir proteccionismo médico en los Centros Sanitarios en que trabajan los facultativos a la hora de facilitar historias y referir los hechos (tardanza, desorden, equívocos, poca claridad, etc.), pero la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (L.O. 29/1998, de 13 de Julio) obliga a la Administración a remitir la integridad de toda la documentación médica, incluido un índice que recoja el contenido de todos los documentos médicos, e incluso contempla la posibilidad de imponer sanciones económicas y depurar responsabilidades penales a través del Ministerio Fiscal al responsable de remitir la historia clínica en caso de retraso injustificado o si falta parte de la historia. Todo ello dificulta cualquier proteccionismo solidario de clase.

VII. CONCLUSIONES.

Primera. Pese a que la malpraxis médica es un importante problema, se aprecia un cierto desinterés en los colectivos implicados (Colegios Profesionales de Médicos y Abogados), que carecen de información ponderada al respecto.

Segunda. La principal causa de malpraxis médica es la falta de información al paciente y, secundariamente, falta de cuidados (historias clínicas deficientes, despersonalización en la asistencia, medios complementarios insuficientes e incumplimiento de protocolos).

La causa del incremento de denuncias es debida principalmente a la mayor información de los usuarios, fomentada por la Prensa y Asociaciones “ad hoc”.

Tercera. La consecuencia fundamental del incremento de denuncias por malpraxis médica es la práctica de una medicina “defensiva”, que tiene fundamentalmente connotaciones negativas, pero también algunas positivas, como son el estímulo de la atención al paciente y cuidado con el cumplimiento de estándares.

Cuarta. La resolución de los problemas derivados de malpraxis debe hacerse activamente por los Organismos Sanitarios y, en caso necesario, por la Justicia, contribuyendo también a ello de algún modo el Colegio Oficial de Médicos y Compañías de seguros de responsabilidad civil profesional.

Quinta. El sistema preferido para evitar este problema consiste en medidas para procurar mejor información al paciente y formación de los sanitarios, y en la indemnización de los daños causados, rechazándose en principio las medidas penalizadoras.

Sexta. Se tiende a la resolución por vías extrajudiciales, aunque no se conocen muy bien los distintos sistemas existentes a tal efecto, por lo que se prefieren los acuerdos privados directos entre Compañías de Seguros y particulares.

Séptima. Se prefieren los criterios de responsabilidad subjetiva por culpa como razón de la indemnización, sin que aún tengan arraigo los criterios de responsabilidad objetiva por riesgo, tan corrientes en algunos países.

Octava. Se tiende a la indemnización de todos los daños, apreciándose una preferencia por los procedimientos de baremación por ofrecer mayor seguridad y equidad.

Novena. La necesidad de un seguro de responsabilidad civil es incuestionable, y debe realizarse por los Organos Sanitarios o, en su caso, por los Colegios de Médicos, prefiriéndose seguros de tipo colectivo.

Décima. Para la resolución de problemas es importantísimo el peritaje médico, considerando idóneos para realizarlo tanto a los médicos forenses como a médicos privados, sin que médicos ni letrados crean que existe corporativismo.

VIII. BIBLIOGRAFIA.

VIII. A. BIBLIOGRAFIA. AUTORES.

Abarca Cidón, J. “La disociación jurídico sanitaria”. Diario Médico. 02/02/2000. Normativa.

Abraham Kenneth, S. “Medical liability reform”. JAMA 1988; 260 (1): 68-72.

Alvarez-Cienfuegos Suarez, JM. “Implicaciones jurídicas de la historia clínica”. En Responsabilidad civil y penal de los médicos en Jornadas organizadas por Diario Médico, Madrid, 8 y 9 de abril de 1997. Madrid: Diario Médico; 1997.

Alvarez-Cienfuegos Suarez, JM. “Información y Derecho a la Salud”. En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Alvarez-Cienfuegos Suarez, JM. “La Administración tendrá que ceder y arbitrar”. Diario Médico. 06/06/2000. Normativa.

Alvarez Dardet, C. “Las desigualdades sanitarias causan la muerte de 35.000 personas cada año en España”. Diario Médico. 18/11/1997. Normativa.

Alvarez, RJ. “El año pasado hubo 50.000 denuncias en España por negligencias médicas”. El Mundo. 13/01/2002. Sociedad.

AMA/Speciality Society Medical Liability Project. “A proposed alternative to the civil justice system for resolving medical liability disputes: a fault-based, administrative system”. American Medical Association, Chicago, 1998.

Asensi, E. “Un auto antepone la lex artis a la libertad del testigo de Jehová”. Diario Médico. 28/01/1999. Normativa.

Asensi, E. “Hoy entra en vigor la obligación de repetir contra el médico del SNS”. Diario Médico. 14/04/1999. Normativa.

Ataz López, J. Los médicos y la responsabilidad civil. Madrid: Montecorvo; 1985.

Atela Bilbao, A. “Arbitraje: rigor y abundancia”. Diario Médico. 04/12/1998. Normativa.

Atela Bilbao, A. “Una sentencia que compromete la gestión de las listas de espera”. Diario Médico. 07/07/2000. Normativa.

Augusto León, C. Etica en Medicina. Barcelona: Colex; 1993.

Barry Manuel, M. “Professional Liability. A no fault solution”. N Eng J Med 1990; 322 (9): 627-631.

Benet, J. y Bruguera, R. “Reclamaciones registradas en el período 1986-1998 por el Servicio de Responsabilidad Profesional del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona”. Diario Médico. 16/05/2000. Normativa.

Blasco Estévez, A. “La relación de causalidad en materia de responsabilidad de la administración en la jurisprudencia reciente”. REDA 1987; 53.

Borobia Fernández, C. Métodos de valoración del daño corporal. Madrid: Fundación Universidad Empresa; 1989.

Borobia Fernández, C. “El perito debe conocer bien la técnica pericial y el área médica”. Diario Médico. 11/03/2001. Normativa.

Bovbjerg Randall, R. et al. “Obstetrics and Malpractice. Evidence of the performance of a selective no-fault system”. JAMA 1991; 265 (21): 2836-2843.

Brahams, D. “No fault compensation Finnish style”. The Lancet, 1998; p. 603-605.

Brennan Tryen, A. et al. “Incidence of Adverse Events and Negligence in Hospitalized Patients”. N Eng J Med 1991; 324 (6): 370-376.

Brousseau, S. y Rousseau, C. La réparation du dommage corporel. Méthodologie en droit commun. París: Securitas; 1983.

Byrne, D. “La Comisión Europea a favor de las soluciones extrajudiciales”. Diario Médico. 28/03/2000. Normativa.

Cantero Rivas, R. “Cuestiones relativas a la historia clínica”. La Ley, 1996-4.

Casalino, L. “La calidad de la atención médica no se puede cuantificar”. Diario Médico. 25/10/1999. Normativa.

Castellano Arroyo, M. y Gisbert Calabuig, JA. “El secreto médico. Confidencialidad e historia clínica”. En J.A. Gisbert Calabuig. Medicina legal y toxicología. 5ª ed. Barcelona: Masson S.A.; 1998: p. 76-84.

Cecil Clothier. "Medical Negligence and no-fault liability". The Lancet, 1989: 603-605.

Clastre Bozzo, J. "La negligencia médica, el nuevo Código Penal y los tratamientos no curativos". En III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1996. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1997.

Cobrerros Mendazona, E. Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Oñati: HA-EE/IVAP; 1988.

Corbella Duch, J. "¿Qué debe contener la Historia Clínica?". En III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, Octubre, 1996. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1997.

Corbella Duch, J. "¿Es válida la expresión Consentimiento informado?". En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, octubre, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Corcoy Bidasolo. "El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado". Barcelona: P.P.U.; 1989.

Coyte PC. et al. "Medical Malpractice. The Canadian Experience". N Eng J Med 1988; 34 (2): 89-93.

De Angel Yagüez, R. y Luna Maldonado, A. "Algunas cuestiones relacionadas con la titularidad y el uso de las historias clínicas". Asociación Iguatorial médico-quirúrgico y de especialidades. Bilbao, 1987.

De Angel Yagüez, R. “La experiencia española en materia de valoración del daño corporal”. Revista de Derecho de Circulación, 1990; II (3).

De Angel Yagüez, R. “La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias”. En Actas del II Congreso Derecho y Salud, Asociación Juristas de la Salud, Granada, 1993. Sevilla: Consejería de la Salud de la Junta de Andalucía; 1994.

De Angel Yagüez, R. “Ponencia en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil”. Diario Médico. 06/06/2000. Normativa.

De La Cruz Rodriguez, JG. “La peritación médico-forense en casos de responsabilidad médica”. En Curso Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico. Responsabilidad del Médico Forense. Madrid, Noviembre 1999. Madrid: C.E.J.A.J.; 1999.

De Lorenzo y Montero, R. “Responsabilidad civil y penal del médico en el ejercicio profesional”. En X Congreso Nacional de la Sociedad Española de Medicina Rural y Asistencia Primaria. 1988.

De Lorenzo y Montero, R. (a) El consentimiento informado en Cirugía Ortopédica y Traumatología. Madrid: Editores Médicos; 1997.

De Lorenzo y Montero, R. (b) “Responsabilidad profesional e historias clínicas”. Boletín Oficial del Consejo General de Colegios Médicos de España, 1997; Abril (51).

De Lorenzo y Montero, R. Responsabilidad legal del profesional sanitario. Madrid: Edicomplet; 2000.

De Lorenzo y Montero, R. y Sánchez Caro, J. “El consentimiento informado”. En Ricardo De Lorenzo y Montero. Responsabilidad legal del profesional sanitario. Madrid: Edicomplet; 2000: p. 63-161.

De Lorenzo y Montero, R. y Megía Salvador, I. “El seguro de Responsabilidad civil de profesionales de la sanidad”. En Ricardo De Lorenzo y Montero. Responsabilidad legal del profesional sanitario. Madrid: Edicomplet; 2000: p. 317-384.

De Toledo-Huerta Tocildo, O. Derecho Penal, Parte General. Madrid: Castellanos; 1986.

Díez Picazo, L. y Gullón, A. Sistema de Derecho Civil. 6ª ed. Barcelona: Tecnos; 1992.

Dimond B. “Standards setting and litigation”. Brit.J.Nurs., 1994; 3: 235-238.

Domínguez Ventura, JM. “Nuevos rumbos en la Sala 1ª T.S. Su necesaria incidencia en el ejercicio de la profesión sanitaria”. En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, octubre, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Donaldson, J. “Una historia clínica bien hecha le cuesta al Insalud una condena millonaria”. Diario Médico. 04/05/2000. Normativa.

Echániz Salgado, I. “Mediación, conciliación y arbitraje: ¿soluciones para el futuro? El papel de la Administración”. En VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1999. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 2000: 111-114.

Esbec Rodríguez, E. “Tratamiento psicolegal de las discapacidades psíquicas postraumáticas. Aspectos generales”. Revista Española del Daño Corporal, 1997; 5.

Estatutos del Servicio de Conciliación, Mediación y Arbitraje del Colegio de Médicos de Orense. Diario Médico. 25/01/2000. Normativa.

Esteban, M. “Historia Clínica y declaración testifical, claves en la absolución de un facultativo”. Diario Médico. 15/11/1999. Normativa.

Esteban, M. “La Administración debe dotar a sus médicos de protocolos de consentimiento informado”. Diario Médico. 16/03/2000. Normativa.

Expósito Rubio, JM. “Demanda y contrademanda: La reacción legal del médico frente al proceso judicial por hechos derivados de su actividad profesional”. En Curso Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico. Responsabilidad del Médico Forense. Madrid, Noviembre 1999. Madrid: C.E.J.A.J.; 1999.

Fenn, P. et al. “Estimating the cost of compensating victims of medical negligence”. Brithis Med. J., 1994; 309: 389-391.

Fernández, F. “En mi experiencia como juez siempre he preferido a un especialista para la pericial”. Diario Médico. 21/06/2001. Normativa.

Fernández Varela, H. “La conciliación y arbitraje de los daños sanitarios en México”. Diario Médico. 29/03/1999. Normativa.

Fernández de Aguirre Fernández, JC. (a) “Responsabilidad y listas de espera”. En VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1999. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 2000.

Fernández de Aguirre Fernández, JC. (b) “Necesitamos especialistas para las pruebas periciales”. Diario Médico. 23/10/2000. Normativa.

Fenech, M. El Proceso Penal. 4ª ed. Madrid: Agesa; 1982.

Fenech, M. “Evolution de la jurisprudence en matiere de responsabilité medical”. J. de Med. Legal Droit Medical, 1990; 33:2.

Figuera Aymerich. “El cirujano contra sus fantasmas. El miedo, la decisión y la denuncia”. Discurso Inaugural del Curso Académico 1997. Instituto de España, Real Academia de Medicina. Madrid, 1997.

Fiori, A. “La valutazione medico-legale del danno alla persona nel diritto penale, civile, et assicurativo sociale italiano”. En I Jornadas Andaluzas de Valoración del Daño Corporal, Sevilla, 1992.

Font Serra. “La nueva configuración del arbitraje en el Derecho español”. Justicia, 1989: 345.

Fornes Ruiz, J. “Responsabilidad civil médica y responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria”. En Responsabilidad del profesional sanitario. Madrid, Noviembre, 1994. Madrid: C.G.P.J. y Ministerio de Sanidad y Consumo; 1994.

Freund, JF. et al. “Expert commission for questions of phisician malpractice”. Fortschr. Med., 1990; 108: 633-637.

Galán Cortes, JC. El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios. Madrid: Colex; 1997.

Galán Cortes, JC. “Experiencia clinica y contacto diario, clave en el informe pericial”. Diario Médico. 02/05/2001. Normativa.

Gallego Riestra, S. “Los derechos de los pacientes: problemática actual”. Revista de Medicina Clínica, 1993; 14 (100): 538-541.

Gallego Riestra, S., Hinojal Fonseca, R. y Rodríguez Petino, JA. “Los derechos de los pacientes: problemática médica”. Revista de Medicina Clínica, 1993; 100.

Gallego Riestra, S. “Prueba y valoración de daños”. Cuadernos de Derecho Judicial, 1995 (MON): 419-451.

Galván Sáez. “El duro ejercicio de la Cirugía plástica, estética y reparadora”. Revista Cirugía Plástica Ibero-Americana, 1997; XXIII (nº extra).

García Blázquez, M. y Molinos Cobo, J. Manual práctico de responsabilidad y defensa en la profesión médica. Granada: Comares; 1995.

García Hernández, T. y Marzo Martínez, B. “La propiedad de la historia clínica”. La Ley, 1996-4; Octubre; nº 4156.

García Hernández, T. Manual del médico clínico para evitar demandas judiciales. Madrid: La Ley-Actualidad S.A.; 1999.

García Hernández, T. “Congreso Sanitario Castilla-León”. Diario Médico. 29/03/2000. Normativa.

Gil, C. “El juez no puede autorizar a priori la transfusión a un testigo de Jehová adulto”. Diario Médico. 09/07/1998. Normativa.

Gil, C. “La Administración puede retirar datos de la historia que dañen al enfermo o a terceros”. Diario Médico. 08/11/1999. Normativa.

Gisbert Calabuig, JA. Medicina Legal y Toxicología. 5ª ed. Barcelona: Masson, S.A.; 1998.

Gorney, M. “Una onza de prevención vale más que un kilo de arrepentimiento”. Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana, 1997; XXIII (nº extra): 444.

Gracia Guillén, D. Jurisprudencia y Lex Artis. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo; 1995.

Guirao García, AL. (a) “Medicina General, Traumatología y Obstetricia, las más reclamadas”. Diario Médico. 15/01/1999. Normativa.

Guirao García, AL. (b) “Gestión de Riesgos Sanitarios. La experiencia del Insalud”. En las II Jornadas Nacionales de Gestión de Riesgos Sanitarios, Murcia, 11-13 Noviembre, 1999.

Hernández Cueto, C. Valoración médica del daño corporal. Barcelona: Masson, S.A.; 1995.

Hernández Moreno, J. “Valoración del Daño Corporal. Estado de la Cuestión a partir del Análisis de Encuestas a Médicos y Jueces y de Sentencias de los Tribunales de Justicia”. (Tesis Doctoral). Granada: 1994.

Hernández Moreno, J., Hernández Gil, A. y Hernández Gil ML. “Malpraxis médica. Conceptos personales y consideraciones sobre su problemática”. Cuadernos de Medicina Forense, 1999; 4: 48-55.

Hernández Moreno, J., Hernández Gil, A. y Hernández Gil ML. “La vía extrajudicial”. En IV Jornadas de Valoración del Daño Corporal con el tema monográfico de Responsabilidad Médica. Sevilla, Junio, 2001. En prensa 2002.

Herranz Rodríguez, G. Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica. Pamplona: Eunsa; 1995.

Hiatt Howard, H. et al. “A Study of Medical Injury and Medical Malpractice”. N Eng J Med 1989; 321 (7): 480-484.

Hinojal Fonseca, R. “Daño Corporal: Fundamentos y Métodos de Valoración Médica”. Arcano Medicina; 1996.

Jacobson, PD. "Medical Malpractice and the Tort System". JAMA, 1989; 262 (23): 3320-3327.

Jacobson, PD. "Medical Malpractice and the Tort System". JAMA, 1990; 263: 2180.

Jausas, H. "Las reglas técnicas de cada especialidad". JANO, 1998; LIV (1247); 13-19 de Marzo de 1998.

Jescheck, HH. Tratado de Derecho Penal. Parte General. 4ª ed., traducción por Manzanares Samaniego. Granada: Comares; 1993.

Jorge Barreiro, A. La imprudencia punible. La actividad médico-quirúrgica. Madrid: Tecnos; 1990.

Jorge Barreiro, A. "Jurisprudencia penal y Lex artis médica". En Curso de Responsabilidad del Personal Sanitario. Madrid: C.G.P.J.; 1994.

Jorge Barreiro, A. Comentarios al Código Penal. Madrid: Civitas; 1997.

Jornet, J. Malpraxis. Aspectos legales de la relación médico-enfermo. T.I. Barcelona: Ancora; 1991.

Jornet, J. (a) Malpraxis. Consecuencias. T.II. Barcelona: Ancora; 1993.

Jornet, J. (b) Malpraxis. Causas. T.III. Barcelona: Ancora; 1993.

Jornet, J. (a) Malpraxis. Soluciones. T.IV. Barcelona: Ancora; 1995.

Jornet, J. (b) La jurisdicción social. ¿Una solución para las demandas de los pacientes?. Barcelona: Ancora; 1995.

Juanes Peces, A. “El deber de información en el ámbito de la Cirugía Plástica”. Revista de Cirugía Plástica Ibero-Americana, 1997; Diciembre (nº extra).

Krenewefers, H. “Medical responsibility. An overview of recent legislation”. Versicherungsmedizin, 1994; 46: 37-43.

Lachica López, E. “El daño psíquico en el delito de lesiones. Aspectos médicos.” Cuadernos de Medicina Forense, 1997; 9: 47-60.

Lafarga I Traver, JL. Diario Médico. 10/11/1999. Normativa.

López Agúndez, J.M. “El médico debe estudiar y tratar los errores con el resto del equipo”. Diario Médico. 23/05/2001. Normativa.

López Barja De Quiroga, J. “El consentimiento informado”. En Responsabilidad del personal sanitario. Madrid, noviembre, 1994. Madrid: Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo; 1995.

Luna Maldonado, A. “Problemas médico-legales de la historia clínica en el ejercicio de la medicina”. Los derechos del enfermo. Murcia: Consejería de Sanidad y Consumo; 1987.

LLamas Pombo, E. “Responsabilidad médica contractual. Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto. Deberes que integran la obligación de medios del médico: obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgo”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, 1994; Septiembre-Diciembre (36).

LLamas Pombo, E. La responsabilidad civil del médico. Madrid: Trivium S.A.; 1998.

LLovet Delgado, JJ. “Reclamaciones judiciales por malpraxis médica”. Revista Sanidad Higiene Pública, 1993; 67 (4): 315-323.

Maciá, R. “II Encuentro sobre Responsabilidad Civil y Penal de los Médicos”. Diario Médico. 24/4/1998. Normativa.

Manzanares Samaniego, JM. Código Penal Comentado. Madrid, 1993.

Maranzana, P. Enciclopedia de Medicina, Higiene y Seguridad en el Trabajo. Madrid: O.I.T. Edición Española, 1975; p. 795.

Martí Mingarro, L. “Mediación, Conciliación y Arbitraje en el ámbito sanitario: soluciones que se aportan”. En VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1999. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 2000.

Martín Bernal, JM. “Apuntes al debate del tratamiento jurídico de la historia clínica”. Diario Médico. 18/09/1998. Normativa.

Martín Sagarra, F. Diario Médico. 26/06/1998. Normativa.

Martin HM et al. "Medical Malpractice Solution: Systems and Proposals for injury compensation". N Engl J Med, 1990; 322 (9): 639-641.

Martínez Calcerrada, L. Derecho Médico. Madrid: Tecnos; 1986.

Martínez Calcerrada, L. "La Sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales. Aspectos civiles". En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Martínez Calcerrada, L. La Responsabilidad Civil Profesional. 2ª edición. Madrid: Colex; 1999.

Martínez-González MA, De Irala J, Faulin FJ. "Bioestadística amigable". Madrid: Díaz de Santos, S.A.; 2001.

Martínez López de Letona, J. "La historia clínica y el nuevo Código Penal". En III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, 1996. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1997.

Martínez López, FJ., Rodríguez Gutierrez, C. y Sánchez Hernández, JJ. "La gestión de riesgos sanitarios. Epidemiología de las reclamaciones económicas por responsabilidad sanitaria en el Instituto Nacional de la Salud. Enero 1995- Junio 1998". Revista de Administración Sanitaria, 1999; III Abril/Junio (10): 67-83.

Martínez-Pereda Rodríguez, JM. (a) "La responsabilidad penal del médico y del sanitario". Madrid: Colex; 1994.

Martínez-Pereda Rodríguez, JM. (b) “La imprudencia punible del anestesista según la doctrina del Tribunal Supremo”. Actualidad Penal, 1994; 15.

Martínez-Pereda Rodríguez, JM. “La responsabilidad civil y penal del anestesista”. Granada: Comares; 1995.

Martínez-Pereda Rodríguez, JM. “La cirugía estética y su responsabilidad”, Granada: Comares; 1997.

Martínez-Pereda Rodríguez, JM. y De Lorenzo Montero, R. “Los médicos y el nuevo Código Penal”. Editores Médicos, S.A.; 1997.

Martínez-Pereda Rodríguez, JM. y Pedreira, A. “Una vía más barata y rápida que la impuesta jurisdicción administrativa”. Diario Médico. 6/04/1998. Normativa.

Martinius, J. “Requests for compensation for inmaterial danmage”. Z. Kinder. Jugenpsiquiatry, 1995; 23: 4-8.

Medina Crespo, M. “La valoración legal del daño corporal”. Madrid: Dykinson, 1997.

Medina Crespo, M. “El contenido del informe médico pericial. La cuestión de la puntuación y otros extremos”. Cuadernos de Medicina Forense, 1998; 12 (Abril): 23-33.

Mélenec, L. Valoración de las discapacidades y del daño corporal. Baremo Internacional de Invalideces. Barcelona: Masson S.A.; 1997.

Menéndez de Lucas, JA. Cuestiones médico-forenses en la práctica clínica. Madrid: Master Line; 1999.

Meyer, D. "The Behavior modifying influence of malpractice effects on choice of Technology". Gesundheitswesen, 1995; 57: 1-7.

Meyerowitz Basil, R. "Medical Malpractice and the Tort System". JAMA, 1990; 263 (16): 2180.

Michaud, J. "Informe explicativo del 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). Diario Médico. 04/04/1997. Normativa.

Mir Puig. Derecho Penal. Parte General. 3ª ed. Barcelona: P.P.U.; 1990.

Mohr JC y JAMA. "Razones del aumento de las reclamaciones médicas en E.E.U.U.". Diario Médico. 05/04/2000. Normativa.

Molven, O. "Fairness of compensations. Possibilities for patients injured in Hospitals claim compensation". Tidsskr-Nor-Laegeforen, 1991; 111 (8): 992-994.

Montalvo y Moreno. "La responsabilidad dentro del trabajo en equipo". Diario Médico. 23/09/1998. Normativa.

Montero Juanes, J. “Análisis de la responsabilidad profesional del médico”. Cirugía lástica Ibero-Latinoamericana, 1997; XXIII (nº extra): 447.

Montero Juanes, J. “Análisis de la Responsabilidad Profesional del médico en los Códigos vigentes”. En Curso Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico. Responsabilidad del Médico Forense. Madrid, noviembre 1999. Madrid: C.E.J.A.J.; 1999.

Morales Prats, F. Comentarios al nuevo Código Penal. Pamplona: Aranzadi; 1996.

Moure González, E. “Listas de espera, ¿Contradicción judicial?”. Diario Médico. 13/11/2000. Normativa.

Muñoz Conde, F. “Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario”. Derecho y Salud. Publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud; 1996; 4 (2).

Ortega, A. “IU pide al Gobierno Vasco una Ley sobre Arbitraje Sanitario”. Diario Médico. 10/12/1999. Normativa.

O`Callaghan Muñoz, X. “La nueva orientación jurisprudencial en la Responsabilidad civil del médico”. En IV Jornadas de Valoración del Daño Corporal en Responsabilidad Profesional Sanitaria, con el tema monográfico de Responsabilidad Médica. Sevilla, Junio, 2001. En prensa, 2002.

Padilla, J. “El seguro público suspende los efectos de la nueva ley”. Diario Médico. 14/04/1999. Normativa.

Paloino Lorente, A. En Curso sobre Cuidados paliativos: aspectos éticos y legales. Universidad Complutense de Madrid, 1996.

Pantaleón Prieto, F. "Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación". Madrid: Centenario del Código Civil; 1991: 1561-1591.

Pantaleón Prieto, F. "Se debería imponer a los seguros del SNS que ofrezcan el arbitraje". Diario Médico. 26/03/99. Normativa.

Pardo, A. "Encuesta de Responsabilidad Sanitaria". Diario Médico. 12/05/2000. Normativa.

Pelayo Pardos, S. "El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales". Actualidad del Derecho Sanitario, 1996; 15.

Pelayo Pardos, S. "Médicos, Código Penal y Revelación de datos". Diario Médico. 07/07/1999. Normativa.

Pelayo Pardos, S. "La historia clínica". En Ricardo De Lorenzo y Montero. Responsabilidad legal del profesional sanitario. Madrid: Edicomplet; 2000; p. 1-53.

Pelayo Pardos, S. "Mesa redonda organizada por Unión Profesional y celebrada en el Consejo General de la Abogacía Española". Diario Médico. 21/06/2001. Normativa.

Pérez Pineda, B. y García Blázquez, M. Manual de valoración y baremación del daño corporal. 11ª ed. Granada: Comares; 2001.

Plaza, L. “La vía del arbitraje es más beneficiosa para la Administración que acudir a los Tribunales”. Diario Médico. 13/3/2000. Normativa.

Portero García, L. “Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado”. Boletín de información del Ministerio de Justicia, 1999; Febrero (1838).

Quintero Olivares, G., Valle Muñiz, JM et al. Comentarios al nuevo Código Penal. Aranzadi; 1996.

Relman Arnold, S. “Changing the Malpractice Liability System”. N Eng J Med 1990; 322 (9): 626-627.

Requero, JL. “Temo que el Consentimiento Informado se torne en portillo para abusos”. Diario Médico. 26/09/2000. Normativa.

Requero, JL. “Experiencia clínica y contacto diario, clave en el informe pericial”. Diario Médico. 02/05/2001. Normativa.

Retuerto Buades, M. “La perspectiva de los consumidores y usuarios”. En Taller de Trabajo de Mediación, conciliación y arbitraje en el ámbito sanitario: soluciones que se aportan. VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1999. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 2000.

Revelles, D. y Colomer, A. “Errores Médicos. Locos del bisturí. Qué Negligencias médicas son las más habituales y por qué se producen”. CNR 2002; Mayo (63): 16-25.

Revuelta, P. “Se extiende la doctrina: la falta de información es indemnizable”. Diario Médico. 28/04/2000. Normativa.

Rodríguez Sendin, JJ. “Responsabilidad y listas de espera”. En VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1999. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 2000.

Rodríguez Jouvencel, M. Manual del perito médico: fundamentos jurídico-prácticos. Barcelona: Bosch, S.A.; 1991.

Roig Serrano, M. “El Seguro de Responsabilidad civil en los Servicios Públicos Sanitarios”. En III Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Roig Serrano, M. “La culpa virtual. ¿Doctrina legal o justicia material?”. En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1998. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1999.

Romeo Casabona, CM. (a) El médico y el Derecho Penal. Barcelona: Bosch, S.A.; 1981.

Romeo Casabona, CM. (b) La actividad curativa. Barcelona: Bosch, S.A.; 1981.

Romeo Casabona, CM. El médico ante el Derecho. Madrid: Centro de Publicaciones, Documentación y Biblioteca del Ministerio de Sanidad y Consumo; 1986; p. 64 y ss.

Romeo Casabona, CM. y Castellano Arroyo, M. “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”. Revista Derecho y Salud. Publicación oficial de la Asociación Juristas de la Salud. Barcelona: Doyma; 1993; Enero-Junio; p. 5-17.

Romeo Casabona, CM. “Las actuaciones de los profesionales sanitarios y sus repercusiones en la esfera penal” en La Responsabilidad de los profesionales y de las Administraciones Sanitarias”. Actas del II Congreso de Derecho y Salud. Asociación Juristas de la Salud. Publicaciones de la Junta de Andalucía, Consejería de Salud; 1994; p. 17.

Rouge, D. et al. “Responsabilité de l’interne agissant par delegation”. J. de Med. Legal Droit Medical, 1994; t 34: 3-4.

Ruiz Vadillo, E. “La responsabilidad de la Administración y de los profesionales sanitarios”. En I Congreso Derecho y Salud. Asociación Juristas de la Salud. Barcelona, noviembre, 1992. Madrid: Publicaciones de la Comunidad de Madrid; 1993; p. 110.

Ruiz Vadillo, E. “La responsabilidad y el deber de información ante los Jueces y Tribunales”. En El futuro de la información al paciente, Conferencias organizadas por el Instituto de Fomento Sanitario. Madrid, 1996.

Ruiz Vadillo, E. -a- “La Sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales. Aspectos constitucionales”. En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Madrid, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Ruiz Vadillo, E. -b- “II Encuentro sobre Responsabilidad Civil y Penal de los Médicos”. Diario Médico. 24/04/1998. Normativa.

Sánchez Caro, J. “Historia clínica: conflictos y propuestas de algunas soluciones”, En Seminario conjunto sobre Información y Documentación clínica. Madrid, Septiembre, 1997. Madrid: C.G.P.J. y Ministerio de Sanidad y Consumo; 1997.

Santos Briz, J. “La responsabilidad civil de los médicos en el derecho español”. Revista de Derecho Privado, 1984; Julio-Agosto: 673.

Schreiber, HL. “The standar of required medical responsibility as an instrument in malpractice casses”. Versicherungsmedizin, 1995; 47: 3-5.

Segest, E. “Patient complaints: some aspects of the evaluation of physicians conduct by the Danish National Board of Healt”. Med Law, 1992; 11: 57-65.

Serrat, D. “Forense y especialista son necesarios en la prueba pericial”. En Congreso de Derecho Sanitario de Castilla y León. Diario Médico. 28/11/2000. Normativa.

Servei D’Informació Collegial. Col·legi oficial de metges de Barcelona, 1995; Barcelona; 1995; p.68.

Sierra de la Cuesta, I. “El arbitraje no tiene por qué aumentar el corporativismo médico”. Diario Médico. 20/03/2000. Normativa.

Soto Nieto, F. “Daños derivados de negligencia médica. Tendencia progresiva hacia el establecimiento de un sistema de baremos”. *La Ley*, 1995; 3773: 01-09.

Soto Nieto, F. “La responsabilidad subsidiaria médica en el nuevo Código Penal”. En III Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1996. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1997.

Soto Nieto, F. “¿La omisión del deber de socorro puede asegurarse?”. En IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1997. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 1998.

Soto Nieto, F. “Por un baremo de daños médicos”. *Diario Médico*. 05/09/2000. Normativa.

VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. “Apoyo unánime a la mediación y al arbitraje”. *Diario Médico*. 26/10/2000. Normativa.

Víctimas de Negligencias Sanitarias. “Víctimas de Negligencias Sanitarias, en contra de un Tribunal de Arbitraje sobre Responsabilidad médica”. *Diario Médico*. 17/11/1999. Normativa.

Villanueva Cañadas, E. “Peculiaridades de la prueba pericial en la valoración del daño psíquico”. *Cuadernos de Medicina Forense*, 1997; 8: 5.

Villanueva Cañadas, E. “El consentimiento”. En J.A. Gisbert Calabuig. *Medicina legal y toxicología*. 5ª ed. Barcelona: Masson S.A.; 1998: p. 68-74.

Wu, A. W. “Buscar soluciones, hablar claro”. *Brithis Med. J.*, 2001; 322; 1236-1240.

Zamarriego Crespo, J. “Mediación, conciliación y arbitraje: su importancia en el ámbito sanitario”. En VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1999. Madrid: Asociación Española de Derecho Sanitario; 2000; p. 127-131.

VII. B. BIBLIOGRAFIA. NORMATIVA.

LEY ORGÁNICA 1/1982, de 5 de mayo, de PROTECCIÓN CIVIL DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y A LA PROPIA IMAGEN. (BOE, nº 115, de 14 de Mayo de 1982).

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA de 27 de Diciembre de 1978 (BOE de 29 de Diciembre de 1978).

LEY 14/1986, de 25 de Abril, GENERAL DE SANIDAD. (BOE nº 102, del 29 de Abril de 1986).

REAL ORDEN de 29 de Julio de 1889, por la que se significa el Real Agrado a los Miembros de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación que redactaron las Enmiendas y Adiciones de la Edición Reformada del CÓDIGO CIVIL, y por la que se dispone la publicación en la Gaceta de Madrid de la Exposición en la que se expresan los fundamentos de la misma. (Gaceta de Madrid de 30 de Julio de 1889; redactado posteriormente según Decreto 1836/1974 de 31 de Mayo, en BOE nº 163 de 9 de Julio de 1974).

LEY ORGANICA 10/1995, de 23 de Noviembre, del CODIGO PENAL. (BOE del 24 de Noviembre de 1995).

LEY 30/1992, de 26 de Noviembre, de REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. (BOE del 27 de Noviembre de 1992; corrección de errores en BOE del 27 de Enero de 1993).

REAL DECRETO 429/1993, de 26 de Marzo, por el que se aprueba el REGLAMENTO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL (BOE del 4 de Mayo de 1993; corrección de errores en BOE del 8 de Junio de 1993).

LEY ORGANICA 6/1998, de 13 de Julio, de REFORMA DE LA LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL. (BOE nº 167, del 14 de Julio de 1998).

LEY 29/1998, de 13 de Julio, REGULADORA de la JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. (BOE nº 167, del 14 de Julio de 1998).

LEY 4/1999, de 13 de Enero de 1999, de Modificación de la Ley 30/1992, de REGIMEN JURIDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN. (BOE del 14 de Enero de 1999).

REAL DECRETO 2/1995, de 7 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la LEY DE PROCEDIMIENTO LABORAL. (BOE del 11 de Abril de 1995).

DECRETO 45/1998, de 17 de Marzo, por el que se establece el contenido y se Regula la Valoración, Conservación y Expurgo de los Documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias de los Hospitales y de las Historias Clínicas del País Vasco. (Boletín Oficial del País Vasco de 8 de Abril de 1998).

CONSTITUCIÓN ITALIANA de 1947.

DECLARACION DE OTAWA DE LA ASOCIACION MEDICA MUNDIAL sobre EL DERECHO DEL NIÑO A LA ATENCIÓN MÉDICA. (Adoptada por la 50ª Asamblea General de la AMM, Ottawa, Octubre, 1998).

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. Aprobado por el Comité de Ministros el 19/11/1996. (Redactado en Oviedo el 4 de Abril de 1997 y publicado en el BOE de 20 de octubre de 1999 y corregido según BOE del 11 de Noviembre de 1999).

INFORME DE OVIEDO Explicativo del CONVENIO RELATIVO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA BIOMEDICINA, de 26 de Noviembre de 1997.

CÓDIGO DE ÉTICA Y DEONTOLOGÍA MÉDICA. Aprobado por la Asamblea General de la OMC el 10 de Septiembre de 1999. (OMC, Revista del Consejo General del Colegio de Médicos de España, 1999; 66: 21-24 y 29-31).

LEY ORGANICA 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (BOE 17 de Enero de 2001).

ACUERDO DEL CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SERVICIO NACIONAL DE SALUD sobre la FORMULACION DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO. (Aprobada por Ministerio de Sanidad en sesión plenaria el 6 de Noviembre de 1995).

LEY 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del CONSENTIMIENTO INFORMADO Y DE LA HISTORIA CLINICA DE LOS PACIENTES. (Aprobada por el Parlamento Gallego el 8 de Mayo del 2001 y publicada en el BOE el 3 de Julio del 2001).

LEY 21/2000, de CATALUÑA, sobre LOS DERECHOS DE INFORMACION RELATIVOS A LA SALUD, LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE Y LA DOCUMENTACION CLINICA. (Aprobada por el Parlamento Catalán el 21 de Diciembre del 2000 y en vigor desde el 12 de Enero del 2001).

LEY 30/1979, de 27 de Octubre, sobre EXTRACCION Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS. (BOE nº 266, del 6 de Noviembre de 1979).

REAL DECRETO 426/1980, de 22 de Febrero, sobre EXTRACCION Y TRASPLANTE DE ORGANOS. (BOE 63/1980 de 13 de Marzo de 1980).

REAL DECRETO 2070/1999, de 30 de Diciembre, por el que se regulan las ACTIVIDADES DE OBTENCIÓN Y UTILIZACIÓN CLÍNICA DE ÓRGANOS HUMANOS Y LA COORDINACIÓN TERRITORIAL EN MATERIA DE DONACIÓN Y TRASPLANTE DE ÓRGANOS. (BOE nº 3, de 4 de Enero del 2000).

REAL DECRETO 411/1996, del 1 de Marzo, por el que se regulan las ACTIVIDADES RELATIVAS A LA UTILIZACION DE TEJIDOS HUMANOS. (BOE nº 72, del 23 de Marzo de 1996).

LEY 35/1988, de 22 de Noviembre, que regula LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA. (BOE de 24 de Noviembre de 1988).

LEY 42/1988, de 28 de Diciembre, sobre DONACIÓN Y UTILIZACIÓN DE EMBRIONES Y FETOS HUMANOS O DE SUS CÉLULAS, TEJIDOS U ÓRGANOS. (BOE nº 314, del 31 de Diciembre de 1988).

REAL DECRETO 561/1993, del 16 de Abril, que regula los REQUISITOS PARA LA REALIZACION DE ENSAYOS CLINICOS, que deroga el Real Decreto 944/1978, de 14 de abril, y la Orden Ministerial de 3 de agosto de 1982. (BOE del 13 de Mayo de 1993).

LEY 29/1980, de 21 de Junio y REAL DECRETO 2230/1982, de 18 de Junio, que regulan LA REALIZACIÓN DE AUTOPSIAS CLÍNICAS. (BOE nº 154 de 27 de Junio de 1980).

LEY 1/2000, del 7 de Enero, de ENJUICIAMIENTO CIVIL. (BOE del 8 de Enero del 2000).

LEY ORGÁNICA 9/1985, de 5 de Julio, De Reforma del Artículo 417 bis del Código Penal (de Despenalización del Aborto en determinados supuestos). (BOE nº 166, del 12 de Julio de 1985).

LEY ORGANICA 3/1986, de 14 de Abril, de MEDIDAS ESPECIALES EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA. (BOE del 29 de Abril de 1986).

DECRETO 272/1986, de 25 de Noviembre, DEL GOBIERNO VASCO, que regula EL USO DE LA HISTORIA CLÍNICA EN LOS CENTROS HOSPITALARIOS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO.

DECRETO 56/1988, de 25 de Abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, que regula la historia clínica en Centros Médicos de la Comunidad Valenciana.

ORDEN REGULADORA DE LA COMUNIDAD DE CATALUÑA, de 18 de Julio de 1991, DE ACREDITACIÓN DE HOSPITALES.

REAL DECRETO 63/1995, de 20 de Enero, sobre ORDENACION DE PRESTACIONES SANITARIAS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD. (BOE 12 de Febrero de 1995).

REAL DECRETO 1018/1980, de 19 de Mayo, por el que se aprueban los ESTATUTOS GENERALES DE LA ORGANIZACIÓN MÉDICO COLEGIAL Y DEL CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE MÉDICOS. (BOE 28 de Mayo de 1980).

LEY ORGANICA 5/1992, de 29 de Octubre, DE REGULACION DEL TRATAMIENTO AUTOMATIZADO DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. (BOE nº 298, de 14 de Diciembre de 1992).

REAL DECRETO 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de Octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal. (BOE 21 de Junio de 1994).

REAL DECRETO 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados que contengan Datos de Carácter Personal. (BOE 25 de Junio de 1999).

REAL DECRETO 1910/1984, de 26 de Septiembre, sobre LAS RECETAS MÉDICAS. (BOE de 29 de Octubre de 1984).

DECRETO 3160/1966, del 23 de Diciembre, del Ministerio de Trabajo, que establece el ESTATUTO JURIDICO DEL PERSONAL MEDICO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. (Aprobado por el Consejo de Ministros el 22 de Diciembre de 1966).

ORDEN MINISTERIAL 1972, que establece el REGLAMENTO GENERAL PARA EL REGIMEN, GOBIERNO Y SERVICIO DE LAS INSTITUCIONES SANITARIAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

REAL DECRETO 296/1996, de 23 de Febrero, por el que se aprueba el REGLAMENTO ORGÁNICO DEL CUERPO DE MÉDICOS FORENSES. (BOE nº 53 del 1 de Marzo de 1996).

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, promulgada por REAL DECRETO de fecha 14 de septiembre de 1882. (Modificaciones introducidas por LEY ORGÁNICA 14/1999 de 9 de Junio y por LEY ORGANICA 7/2002 de 5 de julio).

LEY ORGÁNICA 15/1999, de 13 de Diciembre, DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. (BOE 14 de Diciembre de 1999).

REAL DECRETO 195/2000, de 11 de Febrero, por el que se establece el Plazo para implantar las Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el R.D. 994/1999 de 11 de junio. (BOE 26 de Febrero del 2000).

DIRECTIVA 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. (BOE 23 de Noviembre de 1995).

RECOMENDACIÓN 95/5, de 13 de Febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre Protección de Datos Médicos.

REAL DECRETO 127/1984, de 11 de Enero, que Regula la Obtención de Títulos de Especialidades. (BOE nº 26, de 31 de Enero de 1984, con rectificaciones en BOE nº 47 de 24 de Febrero de 1984).

LEY ORGANICA 11/1983, de 25 de Agosto DE REFORMA UNIVERSITARIA. (BOE 1 de Septiembre de 1983).

LEY 50/1980, del 8 de Octubre, DEL CONTRATO DEL SEGURO. (BOE de 17 de Octubre de 1980).

ORDEN de 14 de Septiembre de 2001, de la Consellería de Sanidad, por la que se normalizan los Documentos Básicos de la Historia Clínica Hospitalaria de la Comunidad Valenciana y se regula su conservación. (Diari Oficial de la Generalitat Valenciana de 23 de Octubre de 2001).

VII. C. BIBLIOGRAFIA. SENTENCIAS JUDICIALES REVISADAS.

STS 25/02/33
STS 18/01/41
STS 11/07/41
STS 22/10/48
STS 15/03/49
STS 22/12/55
STS 26/04/56
STS 7/06/58
STS 10/03/59
STS 2/06/60
STS 8/10/63
STS 15/04/64
STS 11/06/66
STS 18/10/79
STS 4/06/80
STS 20/06/80
STS 23/10/80
STS 25/11/80
STS 5/02/81
STS 8/06/81
STS 19/12/81
STS 30/12/81
STS 17/07/82
STS 12/05/83
STS 20/05/84
STS 18/09/86

STS 1/06/87
STS 13/07/87

STS 20/10/87
STS 31/10/87
STS 23/02/88
STS 15/04/88
STS 22/04/88
STS 5/05/88
STS 27/05/88
STS 31/05/88
STS 4/06/88
STS 9/06/88
STS 12/07/88
STS 18/07/88
STS 23/09/88
STS 23/12/88
STS 05/04/89
STS 26/05/89
STS 5/07/89
STS 29/07/89
STS 20/09/89
STS 1/12/89
STS 3/01/90
STS 7/05/90
STS 11/02/90
STS 13/02/90
STS 8/02/90
STS 8/03/90
STS 20/04/90
STS 24/04/90
STS 29/06/90
STS 2/07/90
STS 14/09/90

STS 26/09/90
STS 30/11/90

STS 20/12/90
STS 29/01/90
STS 14/02/91
STS 20/02/91
STS 11/03/91
STS 20/03/91
STS 8/08/91
STS 5/06/91
STS 4/09/91
STS 11/10/91
STS 22/11/91
STS 25/11/91
STS 27/11/91
STS 7/02/92
STS 17/02/92
STS 20/02/92
STS 20/04/92
STS 21/04/92
STS 23/04/92
STS 8/06/92
STS 28/09/92
STS 8/10/92
STS 13/10/92
STS 1/11/92
STS 2/02/93
STS 5/02/93
STS 4/03/93
STS 18/03/93
STS 23/03/93
STS 25/03/93
STS 21/04/93
STS 18/06/93
STS 22/06/93
STS 7/07/93
STS 10/07/93
STS 4/10/93

STS 15/11/93
STS 27/11/93
STS 10/03/94
STS 5/04/94
STS 25/04/94
STS 14/06/94
STS 21/06/94
STS 5/07/94
STS 12/07/94
STS 24/09/94
STS 10/10/94
STS 25/11/94
STS 16/02/95
STS 9/03/95
STS 3/04/95
STS 17/05/95
STS 24/05/95
STS 10/07/95
STS 13/07/95
STS 26/10/95
STS 29/01/96
STS 9/02/96
STS 23/02/96
STS 31/07/96
STS 23/09/96
STS 15/10/96
STS 21/11/96
STS 22/11/96
STS 2/12/96
STS 19/12/96
STS 16/01/97
STS 18/01/97
STS 11/02/97
STS 13/02/97
STS 18/02/97
STS 10/03/97

STS 22/04/97
STS 09/06/97
STS 20/06/97
STS 27/06/97
STS 28/06/97
STS 1/07/97
STS 3/07/97
STS 3/10/97
STS 19/07/97
STS 21/07/97
STS 28/07/97
STS 11/09/97
STS 2/10/97
STS 29/10/97
STS 10/11/97
STS 2/12/97
STS 22/12/97
STS 31/12/97
STS 22/05/98
STS 27/05/98
STS 17/06/98
STS 8/09/98
STS 9/12/98
STS 12/12/98
STS 28/12/98
STS 22/01/99
STS 6/02/99
STS 6/04/99
STS 19/04/99
STS 27/04/99
STS 7/05/99
STS 14/06/99
STS 29/06/99
STS 5/07/99
STS 9/07/99
STS 29/07/99

STS 7/03/00
STS 4/04/00
STS 4/07/00
STS 5/10/00
STS 5/4/01

SAN Sala Contencioso Administrativo 12/02/94
SAN Sala Contencioso Administrativo 30/04/97
SAN Sala Contencioso Administrativo 15/10/97
SAN Sala Contencioso Administrativo 06/04/99
SAN Sala Contencioso Administrativo 14/04/99
SAN Sala Contencioso Administrativo 01/03/00
SAN Sala Contencioso Administrativo 15/03/00
SAN Sala Contencioso Administrativo 05/2000

STC 13/1982
STC 52/1989
STC 120/1990
STC 137/1990
STC 139/1990
STC 223/1992
STC 290/1993
STC 137/1995
STC 21/1996
STC 24/1996
STC 35/1996
STC 29/06/00
STC 1463/00

S.T.S.J. Islas Baleares 03/01/02
S.T.S.J. Canarias 26/07/96
S.T.S.J. Castilla y León 06/09/96
S.T.S.J. Asturias 04/2000

S. A. Prov. Barcelona 24/04/86
S. A. Prov. Vizcaya 08/05/94
S. A. Prov. Málaga 04/04/95
S. A. Prov. Zaragoza 07/02/96
S. A. Prov. Madrid 08/05/97
S. A. Prov. León 12/11/97
S. A. Prov. Orense 03/12/98
S. A. Prov. Barcelona 15/01/99
S. A. Prov. Vizcaya 23/02/99
S. A. Prov. Guipúzcoa 06/1999
S. A. Prov. Mallorca 11/1999
S. A. Prov. Castellón 11/1999
S. A. Prov. Barcelona 04/2000
S. A. Prov. Murcia 05/2000
S. A. Prov. Zaragoza 05/2000
S. A. Prov. Alicante 05/2000
S. A. Prov. Oviedo 12/06/00
S. A. Prov. Burgos 15/06/01
S. A. Prov. Granada 10/10/01

Auto A. Prov. Granada 07/98

Auto A. Prov. Salamanca 01/99

S. Juzgado lo Penal León 12/11/96

S. Juzgado lo Penal San Sebastián 01/99

S. Juzgado lo Penal San Sebastián 09/00

S. Juzgado 1ª Instancia Barcelona nº 25 11/1998

S. Juzgado 1ª Instancia Bilbao nº 2 21/12/99

Resolución nº 507 Tribunal de Defensa de la Competencia 03/12/01

S. Tribunal de Minesota 1905 caso Mohr contra Williams

S. Tribunal de Nueva York 1914 caso Schloendorff contra Society of New York Hospital

S. Estado de California 1957 caso Salgo contra Standford

S. Tribunal de Apelación del Estado de Nueva York, 1999, caso de James v. Mantica et al.