



Universidad de Oviedo

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA: CRITERIOS DE
IMPUTACIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL
SUPREMO**

Realizado por: Pelayo-Martín Sánchez Álvarez

Convocatoria: Junio - Julio

RESUMEN

En este trabajo se estudia la responsabilidad dentro de la actividad médica en España, con incidencia en las diferentes posiciones que ha adoptado el Tribunal Supremo a lo largo de su trayectoria. En primer lugar, explicamos los conceptos sanitarios interrelacionados con el Derecho. En segundo lugar, analizamos las diferentes etapas del Tribunal Supremo en relación a sus posiciones, comenzando en 1954 y finalizando en el contexto actual, el que arranca en 2004, con la consideración de la obligación del médico, como de medios. Por último, se abordan los criterios de imputación que reconoce el Tribunal Supremo, con especial mención a los casos “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” como debate vivo a día de hoy, para considerar una imputación de responsabilidad. Para abordar este estudio, he manejado textos legales, doctrina jurídica y numerosa jurisprudencia, así como códigos de deontología y protocolos internos de diferentes colegios profesionales.

ABSTRACT

This paper studies the responsibility medical activity in Spain, working with different positions that the Supreme Court has adopted in its history. In the first place, we explain the health concepts interrelated with the Law. Secondly, we analyze the different stages of the Supreme Court in relation to its positions, beginning in 1954 and ending in the current context, which starts in 2004, with the consideration of the doctor's obligation, as of means. Finally, the imputation criteria recognized by the Supreme Court are addressed, with special mention to the cases of "wrongful birth" and "wrongful life" as a live discussion today, to consider an imputation of responsibility. To address this study, I have used legal laws, doctrine and plenty jurisprudence, ethic codes and internal protocols of different professional colleges.

INDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
Arts.	Artículos
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
FJ	Fundamento Jurídico
N.º	Número
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TRLUCU	Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INDICE

INTRODUCCIÓN	10
1. NOCION DE RESPONSABILIDAD MÉDICA	11
1.1 CONCEPTO Y CARACTERES	11
1.2 TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	11
1.2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL	12
1.2.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL	13
1.3 DIFERENTES RELACIONES JURÍDICAS MÉDICO/PACIENTE	14
1.3.1 ASISTENCIA MÉDICA DE URGENCIA, SIN CONTRATO	15
1.3.2 ASISTENCIA MÉDICA EN VIRTUD DE CONTRATO ENTRE PACIENTE Y FACULTATIVO	17
1.3.3 ASISTENCIA MÉDICA EN VIRTUD DE CONTRATO ENTRE PACIENTE Y CENTRO SANITARIO: CONTRATO DE HOSPITALIZACIÓN O CLÍNICA	20
1.3.4 ASISTENCIA SANITARIA EN VIRTUD DE SEGURO MÉDICO	21
1.3.5 ASISTENCIA SANITARIA A PACIENTE AFILIADO A LA SEGURIDAD SOCIAL	22
2. TIPOS DE ASISTENCIA MEDICA RECONOCIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO	24
2.1 MEDICINA CURATIVA	24
2.2. MEDICINA SATISFACTIVA	25
3. POSICIONES JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO	27
3.1. ETAPA DE 1950 A 1994	27
3.2 ETAPA DE 1994 A 2005	29

3.3 ETAPA ACTUAL (ORIGEN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 2005)	33
4. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO	38
4.1 NEXO CAUSAL Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA	38
4.1.1 CRITERIO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO	39
4.1.2 CRITERIO DE LA ADECUACIÓN	40
4.1.3 CRITERIO DEL INCREMENTO DEL RIESGO	41
4.2 CULPA MÉDICA	42
4.2.1 DEBER DE COLABORACIÓN DEL PACIENTE	44
4.2.2 HISTORIAL CLÍNICO	45
4.2.2.1 Concepto	45
4.2.2.2 Contenido	45
4.2.3 LA PRUEBA DEL DAÑO	48
4.2.3.1 Facilidad probatoria	52
4.2.3.2 El daño desproporcionado	53
<i>4.2.3.2.1 La presunción desfavorable</i>	53
<i>4.2.3.2.2 La presunción de culpa por la anormalidad de lo ocurrido</i>	53
4.2.3.3 La pérdida de oportunidad	56
<i>4.2.3.3.1 Error o retraso en el diagnóstico</i>	58
<i>4.2.3.3.2 Error o retraso en el tratamiento</i>	60
<i>4.2.3.3.3 Ausencia o error de diagnósticos prenatales</i>	60
<i>4.2.3.3.4 Infracción de los deberes de información</i>	62
4.2.3.4 Instrumentos probatorios al alcance de la víctima del daño	64

4.2.4 APLICACIÓN DE NORMATIVA DE CONSUMO	66
4.2.4.1 La doctrina del daño desproporcionado como fundamento de aplicación del Artículo 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores	67
4.2.4.2 Las infecciones nosocomiales	69
4.2.4.2.1 <i>Obligación de seguridad y cadena de asepsia</i>	70
4.2.4.2.2 <i>Posición de la jurisprudencia</i>	71
4.2.4.3 Los casos de sangre contaminada	72
4.2.5 PROTOCOLO MÉDICO	73
4.2.5.1 Instrumentos que reducen la incertidumbre en las decisiones médicas	74
4.2.5.2 La relación entre los Protocolos Médicos y la “Lex Artis Ad hoc”	75
4.2.5.3 Los protocolos médicos en la jurisprudencia	76
4.2.5.3.1 <i>Desestimación de la responsabilidad al haber sido aplicado lo previsto en el protocolo</i>	76
4.2.5.3.2 <i>Estimación de la responsabilidad al haberse apartado injustificadamente del protocolo</i>	77
4.2.5.3.3 <i>Desestimación de la responsabilidad a pesar de la no sujeción al protocolo</i>	78
4.2.5.3.4 <i>Estimación de la responsabilidad a pesar de ajustarse al protocolo</i>	79
4.2.6 SECRETO PROFESIONAL	81
4.2.7 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO	82
4.2.7.1 Concepto y caracteres	82
4.2.7.1.1 <i>Negativa al tratamiento</i>	83
4.2.7.1.2 <i>Instrucciones previas</i>	84
4.2.7.1.3 <i>La revocabilidad del consentimiento informado</i>	84
4.2.7.1.4 <i>Excepciones a la exigibilidad del consentimiento informado</i>	85

4.2.7.2 La información al paciente	85
4.2.7.2.1 <i>Contenido mínimo de la información</i>	87
4.2.7.2.2 <i>Forma de la información</i>	87
4.2.7.2.3 <i>La carga de la prueba de la información</i>	88
4.2.7.2.4 <i>Destinatario de la información. El paciente y su familia o allegados</i>	88
4.2.7.3 Responsabilidad por falta de información	89
4.2.7.3.1 <i>Falta de información relacionada con la producción del daño</i>	89
4.2.7.3.2 <i>Falta de información como infracción de la “Lex Artis”</i>	91
4.2.7.3.3 <i>El supuesto de la asistencia médica correcta</i>	91
5. LA RESPONSABILIDAD POR ERRORES DE DIAGNOSTICO PRECONCEPTIVO O PRENATAL	93
5.1 NACIMIENTO NO DESEADO DE UN NIÑO SANO. ACCIONES DE “WRONGFUL CONCEPTION”	95
5.1.1 TIPOLOGÍA DE CASOS	96
5.1.1.1 <i>Nacimiento de un niño con defectos o enfermedades</i>	98
5.1.1.2 <i>Responsabilidad por causación directa e indirecta del daño</i>	98
5.1.1.3 <i>Acciones de responsabilidad por procreación irresponsable. Defectos o enfermedades causadas por los progenitores</i>	100
5.1.1.4 <i>Acciones de wrongful birth y wrongful life</i>	102
5.2 ACCIONES DE “WRONGFUL BIRTH”	104
5.2.1 CONDUCTAS GENERADORAS DE DAÑOS EN SUPUESTOS DE “WRONGFUL BIRTH”	105
5.2.1.1 <i>Identificación del daño causado</i>	106
5.3 ACCIONES DE “WRONGFUL LIFE”	113
6. CONCLUSIONES	115

7. REFERENCIAS.....	118
7.1 NORMATIVAS.....	118
7.2 JURISPRUDENCIALES.....	121
7.3 BIBLIOGRÁFICAS.....	124

INTRODUCCIÓN

La motivación que orienta la decisión del autor en realizar este trabajo es una respuesta a las inquietudes en formarse en un campo tan importante como lo es la medicina, en su vertiente más jurídica.

Cuando nosotros, como pacientes, nos vemos en la necesidad de someternos a un tratamiento médico se nos plantean un montón de vicisitudes y dudas acerca de que garantías se nos ofrece en el hipotético caso, de que algo no salga como se esperaba, sobre todo porque errar es de humanos, pero a su vez, de ese error puede depender la vida o la muerte de una persona.

Por otra parte, un médico también necesita de un marco jurídico para desarrollar su actividad, saber cómo proceder más allá de sus conocimientos técnicos, pudiendo sentir la seguridad de que su actuación y proceder está amparado por el Derecho. Esto tiene un beneficio a su vez, para el propio paciente, porque si somos honestos, si queremos que un médico saque todo de sí para curarnos, a veces implica riesgos, y si no los hubiera, no podría haber una Medicina en sentido estricto.

La responsabilidad civil médica ha llevado sendas absolutamente dispares conforme tenía lugar el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Desde el considerar la obligación del médico en el campo de la cirugía estética como una obligación de resultado, hasta la etapa actual en que toda obligación médica es una obligación de medios, salvo contadas excepciones, como abordaré en el trabajo.

Por otro lado, durante el desarrollo de este trabajo ha salido a debate tanto en lo social, como en lo académico, una reflexión muy importante sobre la salud mental y dado que casi toda la doctrina al respecto de la responsabilidad civil médica es bastante pretérita, me he permitido el lujo de poder dedicar un apartado en mis conclusiones en el que reflexiono sobre que encaje tendría la responsabilidad civil del psiquiatra ante un desenlace tan fatal para su paciente como puede ser el suicidio.

Para abordar esta materia se ha consultado abundante legislación en materia civil, administrativa y mercantil, así como variadas fuentes doctrinales (monografías, obras colectivas, tesis, protocolos, instrucciones...). Es inevitable en ocasiones, tocar otras materias diferentes al Derecho Civil ya que el terreno de la salud se extiende a todas partes.

Este trabajo está dedicado a todos los profesionales que dejaron y siguen dejando su vida luchando contra la pandemia generada por el Covid-19.

1. NOCION DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

1.1 CONCEPTO Y CARACTERES

Hablar de una responsabilidad médica, es hablar de una responsabilidad civil sanitaria como señala Lledó Yagüe¹ siendo inevitable acudir a la regulación de la misma, contenida en el Código Civil, existiendo dos tipos de responsabilidad civil: contractual² y extracontractual³. Si hay algo que tiene en común toda responsabilidad sea del tipo que sea, es que toda persona responde de los daños causados interviniendo culpa o negligencia ya sea por su acción o por su omisión.

Entonces ¿Qué es la responsabilidad civil médica? Podríamos definirla como aquella situación en la que se le puede atribuir a un médico las consecuencias de una determinada actuación, es decir, se le puede responsabilizar de un concreto y determinado resultado debido a su actividad profesional por haber incurrido en errores u omisiones no dolosos pero debidos a culpa o negligencia, y por tanto, se le pueden demandar sus consecuencias civiles que serán de naturaleza económica y patrimonial, teniendo la consideración de indemnización por los daños y perjuicios causados⁴.

1.2 TIPOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Un médico puede ser requerido por responsabilidad civil y penal, nosotros nos ceñiremos únicamente a la primera de las mencionadas. La responsabilidad civil podemos dividirla en contractual o extracontractual, incluso en determinados supuestos de hecho, podemos hablar de una combinación de ambas.

Para exigir esta responsabilidad podemos acudir a un proceso civil, contencioso-administrativo o un proceso penal, dependiendo si el daño lo realiza un facultativo de una clínica privada, de la Seguridad Social o si los daños causados son fruto del delito.

¹ Lledó Yagüe, F. “Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del cirujano en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico”. Morillas Cueva, L.; Lledó Yagüe, F. (Directores); Monje Balmaseda, O. (Coordinador). “Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado). Editorial Dykinson. Madrid, 2012. Página 21.

² Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Artículo 1101). “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 al tenor de aquéllas.”

³ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Artículo 1902). “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.”

⁴ Salvat Puig, J. “Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional del médico” en Llamas Pombo, E. (Director) “Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 456

1.2.1 RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL

En un contrato, las partes asumen unas obligaciones que tienen fuerza de ley, debiendo cumplirse a tenor de lo dispuesto en el contrato⁵. Cuando un paciente acude a una consulta en una clínica privada o se somete a una intervención quirúrgica ante un cirujano que ejerce libremente su profesión, existe una relación médico/paciente que bebe de una obligación contractual, es decir, hablamos de un contrato entre ambas partes.

Más adelante, veremos cómo ha ido evolucionando la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de considerar la relación contractual como de “*arrendamiento de servicios*” o de “*contrato de obra*”, sobre todo en el campo de la medicina satisfactiva, llegando a calificar la obligación del médico en este terreno de la medicina, como de resultado, algo que en la actualidad se ha superado.

La obligación que tiene un médico es una obligación de medios, no pudiendo garantizar un determinado resultado en la mayoría de los casos, porque es algo que no está en sus manos y son circunstancias ajenas a su competencia. La obligación de medios implica que el profesional está comprometido a prestarle al enfermo todos sus conocimientos y recursos disponibles para tratar su patología. La regulación de la responsabilidad civil contractual se encuentra en el artículo 1101 del Código Civil, mencionado anteriormente.

En el caso de que la obligación asumida en el contrato no se establezca en el contrato, el código civil habla de que será la que le “*correspondería a un buen padre de familia*”⁶ y siguiendo la “*lex artis ad hoc*”, con el cuidado, prudencia y arreglo al estado actual de la ciencia médica.

Respecto a la indemnización de daños y perjuicios por responsabilidad civil contractual, esta abarca el valor de la pérdida sufrida y también el de la ganancia que dejase de obtener el acreedor⁷.

⁵ Artículo 1091 del Código Civil.

⁶ Artículo 1104 del Código Civil.

⁷ Artículo 1106 del Código Civil.

1.2.2 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

La responsabilidad civil extracontractual surge cuando resulta difícil establecer la existencia de una relación contractual entre el médico y paciente. La reclamación se basa en el artículo 1089 del Código Civil “*Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia*”. A su vez, esas obligaciones surgidas de culpa y negligencia, refiere sobre ellas el artículo 1093 lo siguiente: “*Las que se deriven de actos u omisiones en que intervenga culpa o negligencia no penadas por la ley, quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI de este libro*”.

El título XVI del Código Civil denominado “*De las obligaciones que se contraen sin convenio*” diferenciamos en su contenido: “*Capítulo I: de los cuasicontratos*” y “*Capítulo II: de las obligaciones que nacen por culpa o negligencia*”. En este capítulo II, en lo que a nosotros nos ocupa, la responsabilidad civil extracontractual, tenemos el artículo 1902: “*El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado*”

Seguimos con el artículo 1903, que establece la responsabilidad de padres y tutores por los actos u omisiones de las personas a su cargo, lo mismo para los dueños o directores de establecimientos o empresas de los actos de sus empleados o dependientes, así como los directores de centros escolares respecto de los menores en los periodos de tiempo que estén bajo control o vigilancia del profesorado. Esta responsabilidad desaparece si estas personas consiguen probar que han empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño: Del daño causado por los dependientes, se establece en el artículo 1904 que el que paga por ellos, puede repetir de los que hubiese satisfecho contra los causantes. En definitiva, no es incompatible exigir responsabilidad contractual y extracontractual, aunque en muchas ocasiones ya se hace conjuntamente, mediante el principio de “*unidad de culpa*”⁸.

⁸ Salvat Puig, J. “*Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional del médico*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 459.

1.3 DIFERENTES RELACIONES JURÍDICAS MÉDICO/PACIENTE

Siempre que tiene lugar un daño, sobre todo en un ámbito tan importante como es el de la salud, es primordial determinar la naturaleza, alcance y contenido de la relación entre los sujetos intervinientes, pudiendo intervenir múltiples variables de las que ya hemos dado alguna pincelada anteriormente desde la distinción entre la sanidad pública o privada, a la distinción entre una cirugía de urgencia o una cirugía programada. Todas esas variables van a influir a la hora de determinar si estamos ante una responsabilidad civil contractual o extracontractual, dependiendo de si en la relación jurídica médico/paciente existiese o no, un contrato. Para analizar las diferentes relaciones y situaciones jurídicas ante las que nos podemos encontrar, me basaré principalmente en la obra García Garnica⁹, que profundamente analiza cada una de ellas ofreciendo una gran claridad:

- Daños causado a pacientes por el médico en el ejercicio de su actividad profesional: El médico tiene que responder por los daños que cause a sus pacientes ejerciendo su actividad, incluso no existiendo un contrato previo con el enfermo. Como ejemplos podemos citar, un médico que de forma espontánea asiste a quien se encuentra enfermo sin que existiese un requerimiento previo por parte del enfermo o su familia, y de esta actuación surgen unos perjuicios ocasionados por su negligencia. Ante esto, el paciente o sus familiares pueden reclamarle al médico su responsabilidad, ante los tribunales judiciales, en vía civil, buscando la reparación económica del daño.
- Daños ocasionados por los subordinados del médico: El médico es responsable de los daños que ocasionen su equipo de profesionales dependientes de él: puede ser asistido por médicos y médicas auxiliares, enfermeros o enfermeras, anestesistas...
- Responsabilidad de la institución sanitaria: La institución sanitaria en la que el médico ejerce sus servicios debe responder de los daños ocasionados a los enfermos por los profesionales que trabajen en ella. Por ejemplo, en un supuesto cercano, imaginemos la “Clínica Asturias” o el “Centro Médico” de Oviedo, y un profesional comete una negligencia en sus instalaciones, tales instituciones responderán de los actos de ese profesional que ejerce allí.

⁹ García Garnica, M del C. “Aspectos básicos de la Responsabilidad Civil médica”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2010. Página 21 a 36.

- Responsabilidad de los propietarios de la empresa de asistencia sanitaria: El médico o la institución sanitaria por el mero hecho de ser propietarios de la empresa de asistencia sanitaria paga los daños ocasionados por quienes trabajan en dicha empresa, pudiendo consistirse en una acción de repetir contra los responsables del daño, posteriormente. El ejemplo que citaré aquí explica la razón por la que mencioné a la “Clínica Asturias” o el “Centro Médico” en el ejemplo anterior. En esos centros (son la instalación física) diferentes empresas aseguradoras o mutuas prestan sus servicios, como sanitas, ibermutuatur, IMQ... Cuando hablamos de empresa nos referimos a estas entidades.
- Sobre la “*lex artis ad hoc*”: Es la garantía, que asegura la exención de responsabilidad. Es actuar según la deontología médica, según el estado actual de la ciencia. Concretamente, es definida por el Tribunal Supremo, como aquel criterio valorativo de 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 paciente, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida¹⁰.
- Extensión de la indemnización y reparación del daño: Los daños indemnizables son únicamente aquellos que sean consecuencia necesaria del acto u omisión en los cuales haya mediado culpa o negligencia. No es indemnizable si el daño es únicamente imputable a quien lo recibió en su persona o sus bienes.

1.3.1 ASISTENCIA MÉDICA DE URGENCIA, SIN CONTRATO

Se tratan de supuestos en los que el sujeto se encuentra en un estado de inconsciencia o simplemente se encuentra en una situación tan extrema de vida o muerte, en la que la actuación ha de ser inmediata para asegurar su vida. En esos casos, el facultativo actúa de forma espontánea y de urgencia, sin consentimiento del paciente, ni de las personas llamadas a prestarlo por sustitución o por representación, teniendo lugar la asistencia fuera de la consulta o centro donde desarrolla los servicios.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 marzo 1991. RJ 1991\2209. Fundamento Jurídico tercero.

Se trata de una atención médica desarrollada al margen de todo vínculo jurídico tanto entre el paciente y facultativo, como entre el paciente y el centro asistencial en que es atendido. Puede invitar a pensar que se trataría de un supuesto al que le resultan aplicables las normas reguladoras de la responsabilidad civil extracontractual pero, al no ser un profano, sino un profesional de la medicina que atiende a una persona, conforme a su cualificación profesional tiene unas obligaciones que van más allá del genérico “*neminem laedere*”. El profesional no se encuentra obligado por un mero deber de no provocar daños a un tercero, sino que además deberá observar la “*lex artis ad hoc*” en el tratamiento del paciente, sin incurrir en impericia o negligencia. En estos supuestos se aplican reglas propias de la responsabilidad contractual, recogidas en el Código Civil¹¹.

Algunos autores llegan a considerar que este tipo de asistencia reviste el carácter de cuasicontrato, concretamente una figura de “*gestión de negocios ajenos sin mandato*”, contemplado en el Código Civil¹². La conveniencia de aplicar el régimen de la responsabilidad contractual a los daños eventualmente causados, también lo contempla el Tribunal Supremo y alguna doctrina, sobre todo en los supuestos en los que a pesar de no existir una relación contractual si existe alguna otra relación jurídica entre el dañado y el sujeto productor de este (haciendo mención a relaciones de vecindad, comunidades de bienes, etc.)¹³.

Las reglas de la responsabilidad en estos casos, conviene observarlas con una lente jurídica diferente. El acto médico diagnóstico en estos casos debe adaptarse a la gravedad del paciente, a los riesgos que puede implicar el practicarlo o no, en detrimento a veces de aplicar una terapia urgente y puntual, porque de nada serviría llegar a un diagnóstico de certeza que precisa de 30 minutos si el paciente, por los signos físicos o vitales tiene una previsión de vida de 2 o 3 minutos. La gran mayoría de demandas de responsabilidad en estas circunstancias van más orientadas a las demoras en el tratamiento que por omisión de la

¹¹ Código Civil. (Artículo 1104). “*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.*” Código Civil. (Artículo 1107). “*Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.*”

¹² Código Civil. (Artículo 1888). “*El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los negocios de otro, 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 hallase en estado de poder hacerlo por sí.*”

¹³ Gómez Calle, E. “*El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario*”. Anuario de Derecho Civil Universidad Autónoma de Madrid. ISSN 0210-301X, Vol. 51, N.º 4, 1998, págs. 1693-1768. Página 1697.

aplicación de las técnicas necesarias, siendo más común (común dentro de la excepcionalidad) el fallecimiento de pacientes en las salas de espera, antes de que lleguen las pruebas diagnósticas complementarias que el médico ha solicitado para detectar su patología.

Los actos médicos terapéuticos tampoco se rigen por la normalidad, ya que a veces ante la falta de un diagnóstico hay que actuar sobre el síntoma evidente, y los tratamientos ocasionalmente pueden ser empíricos no pudiendo valorarse, por falta de tiempo, los efectos colaterales que puedan acarrear. No obstante, la conducta del médico no está justificada de forma ilimitada, ya que puede utilizar tratamientos que demuestra una clara impericia o desconocimiento elemental de la medicina (si se aplican sustancias “taquicardizantes” que aceleran la frecuencia cardíaca, puede ser mortal no solo por no frenar una taquicardia, sino por aumentarla, ante casos graves de taquicardia ventricular)¹⁴.

1.3.2 ASISTENCIA MÉDICA EN VIRTUD DE CONTRATO ENTRE PACIENTE Y FACULTATIVO

En este caso no hay lugar a duda, hablamos de la relación jurídica que se genera, al acudir un paciente a una consulta médica privada y perfecciona un contrato con el profesional médico. El médico por tanto, se comprometería a prestar sus servicios profesionales al paciente y, este se compromete a pagar los honorarios correspondientes.

El contrato que surge de esta relación jurídica es un arrendamiento de servicios, teniendo el profesional una obligación de medios. Como ya veremos posteriormente tanto en el ámbito de la medicina curativa como en la satisfactiva, el profesional adquiere una obligación de medios, siendo una obligación de resultado únicamente en los casos en los que se haya prometido a ello en el contrato o si no ha facilitado la debida información al paciente de los pros y contras de la intervención (en la medicina voluntaria).

En el ámbito subjetivo de esta relación, se puede dar el caso de que existiendo un contrato entre médico y paciente, pero la actividad del médico precise de la asistencia de otros sujetos (ejemplo: médico anestesista y personal de enfermería) además de que esa actividad implique un ingreso y residencia en un centro sanitario.

Existe una exclusiva responsabilidad del cirujano que utiliza un quirófano de un centro privado y que produce un daño por su negligencia o la de alguien de su equipo, no

¹⁴ García Blázquez, M.; Molinos Cobo, J.J. “Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica”. (Aspectos jurídicos y médico-forenses). Editorial Comares. 2ª Edición. Granada, 1997. Páginas 56 y 57.

dependiente del centro en cuestión y, sobre todo existe una exigencia de responsabilidad del titular de un centro médico en el que se admite un régimen de responsabilidad prácticamente objetiva, sustentada sobre el concepto de riesgo y en el principio utilitarista “*cuius cómoda*” y “*eius incommoda*”¹⁵

Teniendo presente lo anterior, conviene diferenciar las siguientes situaciones ante las que el paciente se puede encontrar:

- El paciente ha desarrollado un contrato con los sujetos que asisten al médico que va a desarrollar la actividad curativa: En este caso no hay mayor problema, la responsabilidad de unos y otros será contractual y depende de las obligaciones asumidas en el marco de los respectivos contratos de unos y de otros.
- El paciente no ha desarrollado contrato alguno con los sujetos que asisten al médico: En este caso, el paciente puede pretender la reparación del daño causado teniendo 2 opciones:
 - Pretender la reparación de los daños sufridos directamente frente al causante del daño (Artículo 1902 del Código Civil): Es el régimen de la responsabilidad civil extracontractual.
 - Exigir la reparación de los daños al propio facultativo con el que contrató (Artículo 1101 del Código Civil): Se puede exigir esta reparación aunque haya actuado conforme a la *lex artis*, siendo responsable de los daños causados por sus auxiliares. En principio, la responsabilidad será contractual, entendiendo que dentro de los daños fruto del incumplimiento de las obligaciones se encuentra el no cumplimiento de la prestación principal de forma satisfactoria por la conducta de los auxiliares¹⁶. Por lo tanto, puede apreciarse una responsabilidad contractual en la conducta de unos médicos y una responsabilidad extracontractual en la conducta de otros¹⁷.

¹⁵ Bello Janeiro, D. “*Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*”. Colección Derecho de Daños. Editorial Reus, S.A. 1ª edición. Madrid, 2009.

¹⁶ Gómez Calle, E. “*El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario*”. Anuario de Derecho Civil Universidad Autónoma de Madrid. ISSN 0210-301X, Vol. 51, N.º 4, 1998, págs. 1693-1768. Página 1697. Página 1703.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 83/1997 de 11 febrero. RJ 1997\940; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 538/1997 de 9 junio. RJ 1997\4734.

En el caso de que la actuación de los dependientes no entre dentro de la órbita de las obligaciones contractuales asumidas por el principal, se le imputarán los daños causados en base a una presunta culpa “*in vigilando*” o “*in eligendo*”¹⁸ pudiéndose repetir lo abonado frente a los dependientes¹⁹.

— El paciente ha desarrollado un contrato con el centro sanitario u hospital en el que se le ha intervenido: Tomemos en cuenta a modo de ejemplo los daños que pueden producirse por inadecuación o falta de material, por una infección postoperatoria contraída en el hospital debido a unas condiciones higiénicas deficientes. Nos encontramos ante un contrato de hospitalización o clínica, concertado en este supuesto, sin asistencia sanitaria, por lo que la responsabilidad será contractual. El alcance queda determinado por las obligaciones asumidas por el centro frente al paciente. Este contrato de hospitalización o clínica contiene una gran variedad de distintas prestaciones de servicios, que como contrato atípico que es, ha sido delimitado por la jurisprudencia²⁰. Como contenido mínimo tiene unos servicios de hospedaje, hostelería u alojamiento. Puede incluir servicios asistenciales o paramédicos de vigilancia y seguridad del paciente, administración de fármacos prescritos, entre otras actuaciones, y las realizan otros profesionales.

Si el paciente opta por escoger libremente a un médico ajeno a la clínica, será este quien asuma la prestación de la asistencia médica, ciñéndose las obligaciones de la clínica al resto de servicios indicados. La responsabilidad contractual del centro sanitario está supeditado a la delimitación de las obligaciones que asumió frente al paciente en el caso concreto.

— El paciente no ha desarrollado contrato alguno con el centro sanitario u hospital en el que se le ha intervenido: La responsabilidad contractual del facultativo frente al paciente se extiende a los daños producidos relacionados con el centro sanitario y la producción del daño (falta de material, infecciones por deficiente limpieza, etc.), pudiendo reclamar la reparación del daño a la propia clínica por parte del paciente²¹.

¹⁸ Artículo 1903 del Código Civil.

¹⁹ Artículo 1904 del Código Civil.

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de noviembre de 1991 (RJ 1991/8720); Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1993; Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 2004 (RJ 2004/2146).

²¹ Artículo 1902 del Código Civil (Artículo 1902).

1.3.3 ASISTENCIA MÉDICA EN VIRTUD DE CONTRATO ENTRE PACIENTE Y CENTRO SANITARIO: CONTRATO DE HOSPITALIZACIÓN O CLÍNICA

Se diferencia de los supuestos del apartado anterior, en que en este caso, el paciente no está reclamando la asistencia sanitaria de un médico concreto, contratando directamente con un centro sanitario pudiendo ser público o privado. Es un contrato atípico, conocido como contrato de hospitalización o clínica e incluye los servicios extramédicos y paramédicos (constituyen su contenido necesario y natural) pero además incluye la prestación de los servicios médicos siendo el propio centro el responsable de designar al personal sanitario que atenderá al paciente, y pone la infraestructura a su servicio.

La obligación que asume el centro sanitario frente al paciente es una obligación de medios, siendo una obligación de resultado únicamente si se ha comprometido a ello en el contrato, o por falta de información, en el terreno de la medicina voluntaria. El titular del centro va a responder en vía contractual por los daños directamente imputables al paciente (por deficiencias en la organización de la prestación de asistencia sanitaria, falta o mal estado del material, malas condiciones higiénicas, deficiencias en las medidas adoptadas para la seguridad del paciente, etc.) así como por los causados por los dependientes y auxiliares para el cumplimiento, independientemente de que dependan o no, del centro²². Es posible que el paciente reclame directamente una responsabilidad civil extracontractual al médico que produce los daños, siempre que nos encontremos en el ámbito sanitario privado.

Hay un supuesto excepcional, sería aquel contrato celebrado entre el facultativo y el centro sanitario a favor de un tercero, siendo una responsabilidad civil contractual²³.

En el supuesto de que el contrato de hospitalización o clínica únicamente contemple los servicios extramédicos o paramédicos, sin contemplar la prestación de asistencia sanitaria, el centro no responde de los daños por actos médicos practicados en sus instalaciones²⁴.

²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 junio de 1988. RJ 1988\4825; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 266/2001 de 21 marzo. RJ 2001\4747; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 805/1996 de 15 octubre. RJ 1996\7112.

²³ Gómez Calle, E. “*El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario*”. Anuario de Derecho Civil Universidad Autónoma de Madrid. ISSN 0210-301X, Vol. 51, N.º 4, 1998, págs. 1693-1768. Página 1697.

²⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 291/2001 de 24 marzo. RJ 2001\3986.

1.3.4 ASISTENCIA SANITARIA EN VIRTUD DE SEGURO MÉDICO

Se trataría de un supuesto en el que el paciente no contrate con un médico directamente, ni tan siquiera con el centro sanitario en el que va a ser asistido, sino que lo hace con una compañía de seguros. La aseguradora garantiza a sus asegurados una asistencia a cargo de profesionales médicos y uno o varios centros hospitalarios (los centros pueden ser de la aseguradora o no), a cambio de una prima periódica.

Para determinar con exactitud quienes son las partes contratantes, ya que puede resultar bastante confuso, la jurisprudencia viene manifestando el carácter contractual de la responsabilidad de la aseguradora²⁵, con la reserva de que en algunos casos ha estimado el carácter de responsabilidad extracontractual de la misma al entender, en base al artículo 1902 y 1903 del Código Civil²⁶, que existe una relación de dependencia respecto a la aseguradora del personal sanitario que atendió al paciente²⁷.

Entre la doctrina y jurisprudencia hay opiniones dispares a la hora de catalogar a la responsabilidad de la aseguradora como contractual o extracontractual. Algunas son muy restrictivas respecto de las obligaciones contractuales asumidas por la aseguradora, considerándola intermediaria entre el usuario y el profesional médico, por lo que su responsabilidad no alcanza a la correcta ejecución de los servicios sanitarios prestados²⁸.

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria tienen una visión más extensiva, y responsabiliza a la propia aseguradora de la correcta prestación a los asegurados de los servicios que cubre el seguro²⁹. Por otro lado, no hay ningún tipo de objeción al considerarse la responsabilidad como extracontractual en virtud del artículo 1903 del Código Civil, si existen daños por culpa o negligencia.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2004 (RJ 2004/3605); Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1999 (RJ 1999/8057); Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 1999 (RJ 1999/7998).

²⁶ Artículos 1902 y 1903 del Código Civil.

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 febrero 1990. RJ 1990\677.

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1994: Se desestima la responsabilidad contractual de la compañía, al entender que había cumplido “*los contratos que tenía concertados, por un lado con el particular asociado....y, por otro con la entidad médica (Cruz Roja Española) directamente encargada de aquella asistencia sanitaria*” y la responsabilidad extracontractual, debido a la independencia de la que gozan los médicos respecto de la aseguradora.

²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008/251): Se estima la responsabilidad de la compañía de seguros por el contagio de Hepatitis C a un paciente que estaba asegurado en la prestación de servicios cubiertos por el seguro, considerando que el centro sanitario actuaba como auxiliar en la ejecución de la prestación contractual que había concertado con la aseguradora. Fue tenido en cuenta, el hecho de que la aseguradora ha hecho publicidad extendiendo su garantía de calidad a los servicios sanitarios ofrecidos.

Si la prestación del servicio médico se concerta con un centro que no pertenece a la compañía aseguradora, la independencia funcional del mismo exoneraría de responsabilidad civil extracontractual a la aseguradora, si nos ceñimos al artículo 1903 del Código Civil, salvo en el supuesto de que aun no existiendo un contrato en sentido estricto, entre el personal/centro sanitario que atiende al paciente y la entidad aseguradora, entendamos que la compañía tiene un deber de cuidado que va más lejos del simple hecho de “no dañar a otro”, legitimando que se apliquen las reglas de la responsabilidad civil contractual³⁰ entendiéndose que responde la entidad aseguradora, siendo la responsable de la prestación.

Si el paciente quiere reclamarle la reparación del daño causado directamente al personal sanitario que le atendió, la responsabilidad será extracontractual, ya que no existe ningún contrato entre las partes³¹, sin perjuicio de que en determinados supuestos podamos entender que la responsabilidad es contractual, en virtud de la doctrina que considera la concurrencia de ambas responsabilidades³², o aquella jurisprudencia que considera que el centro sanitario y el médico no pueden actuar “fuera de todo vínculo contractual”³³.

1.3.5 ASISTENCIA SANITARIA A PACIENTE AFILIADO A LA SEGURIDAD SOCIAL

En este aspecto, al intervenir una Administración Pública, debemos tener en consideración la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. La jurisprudencia actual considera que la Administración Pública sanitaria goza de una responsabilidad extracontractual³⁴.

³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 23 abril 2008. RJ 2008\2731. En esta sentencia, sobre un hospital privado concertado con la Seguridad Social, se estima que la responsabilidad derivada de la actuación médica efectuada en dicho centro es imputable a la Administración responsable de la prestación sanitaria, independientemente del sistema empleado para su realización.

³¹ Artículo 1902 del Código Civil.

³² Cavanillas Múgica, S.; Tapia Fernández, I. “La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal”, Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 1992.

³³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 527/2004 de 10 junio. RJ 2004\3605 Fundamento de Derecho Cuarto.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009: Considera que es un criterio ya consolidado por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

En cuanto a una suerte de responsabilidad del personal sanitario, ya sea un funcionario público o un personal laboral, frente al paciente que ha sufrido el daño, tienen una responsabilidad extracontractual³⁵

La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no encuentra argumentos diferenciadores de los caracteres de contractual o extracontractual, esa distinción queda relegada al ámbito de la sanidad privada.

³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2009. (RJ 2009/2803): En esta sentencia se aprecia la prescripción de la acción por el transcurso de 1 año de plazo para el ejercicio de la misma, respecto a la reclamación de responsabilidad interpuesta por una paciente afiliada a la Seguridad Social contra el médico que le atendió y contra su aseguradora, por los daños y secuelas padecidos y determinantes de una incapacidad absoluta permanente.

2. TIPOS DE ASISTENCIA MEDICA RECONOCIDOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La diferenciación entre dos tipos de medicina no encuentra su origen en una norma, sino en la jurisprudencia y en la doctrina. Distinguimos dos tipos: la medicina curativa también denominada como necesaria, o asistencial, y la medicina satisfactiva, también denominada voluntaria.

2.1 MEDICINA CURATIVA

La medicina curativa es aquella que se encarga de asistir en aquellos supuestos en los que, desencadenando un proceso patológico, se interviene para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo. El objetivo primordial de la asistencia médica es atajar la interferencia de dicho proceso en la salud, tratando de conseguir el mejor resultado posible³⁶, es aquella que es necesaria, terapéutica o asistencial y tiene como objetivo la curación del paciente que presenta una alteración patológica en su organismo³⁷.

En este campo, la obligación del médico es de medios, debido a que la relación jurídica existente entre el médico y el paciente es un arrendamiento de servicios. También se puede denominar a este tipo de medicina como necesaria o asistencial. El objetivo del médico es procurar la salud del enfermo, utilizando los medios idóneos de los que disponga, no siendo la curación, un resultado de obligado cumplimiento, ya que no siempre está dentro de las posibilidades del médico. Los médicos actúan sobre las personas y su intervención siempre va a gozar de cierta aleatoriedad, en tanto en cuanto, el resultado deseado, que no es otro que la curación o mejoría del paciente, no depende exclusivamente de su conducta, sino de otros factores endógenos y exógenos a su actuación³⁸.

³⁶ García Garnica, M del C. “*Aspectos básicos de la Responsabilidad Civil médica*”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2010. Página 16.

³⁷ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 148.

³⁸ Marín Velarde, A. “*Obligación de actividad versus obligación de resultado*” en Lledó Yagüe, F.; Morillas Cueva, L. (Directores); Monje Balsameda, O (Coordinador) “*Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta Mala Práctica Profesional*”. Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2012. Página 57.

2.2. MEDICINA SATISFACTIVA

El paciente busca en este tipo de medicina, un perfeccionamiento de su físico o estética o también puede buscar eliminar su capacidad de procreación. En este tipo de relación jurídica, la autora anteriormente citada, Marín Velarde, habla de la existencia de un contrato de arrendamiento de obra. Sin embargo, autores como Galán Cortés lo considera una “obligación de medios acentuada”³⁹, partiendo de que, siendo un arrendamiento de servicios en el que no se puede garantizar un resultado, cobra mucha importancia y relevancia la exigencia de una información mucho más detallada de todos los riesgos y alternativas de la intervención e incluso posibilidades de un mal o buen resultado. En ocasiones también se informa de la posibilidad empeoramiento del punto de partida. La causalidad y la culpabilidad son las dos claves de esta cuestión, por lo tanto, si un resultado no deseado no ha sido por un mal proceder del médico y por falta de información, éste queda exonerado de responsabilidad.

Hay muchos supuestos en los que se puede llegar a error, al afirmar que la responsabilidad es debida a una obligación de resultado, pero parándonos a analizar el quid del asunto, comprobamos de que no es así. Podemos mencionar un supuesto de una intervención quirúrgica realizada por un cirujano maxilofacial para corregir una deformación, con lo cual la paciente acaba desarrollando una parálisis en los labios y mentón, en dicho caso se dictó sentencia afirmándose que la responsabilidad no es de carácter objetivo, sino que se trata de una responsabilidad extracontractual “por culpa o negligencia”, por tanto, responsabilidad extracontractual. Al prometerle a la paciente un resultado, es lo que hace que incurra en error profesional, por lo que pudo haber sido por dos motivos: 1) no haber realizado correctamente la operación y por lo tanto, no obtener ese resultado por ello o, 2) comprometer un buen resultado de una operación y que además de no conseguirse, se empeore la situación inicial del paciente. Sobre todo teniendo en cuenta, que dicha operación cuyo fin es corregir una deformidad, no es “estrictamente necesaria”⁴⁰. Se confirma la sentencia de primera instancia, y la condena, por no alcanzar el resultado, efectivamente, pero porque ha habido un “aseguramiento” del mismo, y ese aseguramiento es el que hace que el no alcanzar el resultado le implique una responsabilidad.

³⁹ Galán Cortés, J.C. “Responsabilidad Civil Médica”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 150.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 abril 1991. RJ 1991\2697 Fundamento de Derecho 2.

El hecho de que en este tipo de intervenciones, el resultado sea una mejora o retoque de un aspecto físico, no resta importancia ni prioridad a la necesidad de someterse a este tipo de intervenciones. Hay muchas operaciones de las que depende un bienestar del paciente, influyendo en su salud mental, y física. Una reconstrucción de un pecho tras una cirugía de cáncer de mama para una mujer es importante, por el perjuicio que le pueda generar. Como ejemplo, un caso de una reconstrucción de una mama, en la que se interrumpió el tratamiento por voluntad del paciente, habiéndose previsto dos operaciones quirúrgicas sin concretarse el objeto de cada una. No se responsabiliza al médico por no alcanzar el resultado, sino por el deficiente resultado en la primera operación. Se iban a efectuar 2 intervenciones quirúrgicas: 1) *colocación de prótesis de silicona bajo el pectoral* y 2) *plastia en la mama derecha sana para elevar pezón y utilización de parte de este en la reconstrucción del otro en forma de injerto, implantándole una nueva prótesis en la mama izquierda de ser preciso, elevando ambas mamas y corrigiendo cicatrices*. Solo se llegó a llevar a cabo la primera intervención, ya que la segunda no pudo ser posible debido a la negativa de la paciente. El médico pretendía llevar adelante su plan, con la segunda fase obviando el abultamiento en la zona antes de decidir una segunda intervención, ni tan siquiera comprobando la existencia de tejido canceroso previo a la primera intervención. En esta sentencia se reconoce una negligencia en la conducta del médico, por no comprobar antes de la primera intervención la existencia de tejido cancerígeno, causando daños físicos y morales a la mujer, que por tanto debe reparar⁴¹. No tiene tanta importancia el resultado, sino la culpa del profesional a la hora de valorar, no siendo el resultado buscado algo asegurado con anterioridad a la práctica⁴².

Podemos concluir que no existe actualmente una responsabilidad médica derivada de obligación de resultados, ni tampoco es correcta esa distinción. Solo podremos considerar una obligación de resultado si se pacta o se garantiza⁴³, incluso en supuestos de medicina voluntaria, entendiendo que la salud es concebida como un bienestar en todo aspecto: físico, pero también psíquico y social⁴⁴.

⁴¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Artículo 1101). “*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 al tenor de aquéllas.*”

⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 diciembre de 1991. RJ 1991\8907 Fundamento de Derecho 1.

⁴³ Añón Calvete, J. “*Criterio de imputación en la responsabilidad médica*” Revista Noticias Jurídicas. Disponible en <https://noticias.juridicas.com> Artículo publicado el 27 de mayo de 2015. Página 4.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 478/2009 de 30 junio. RJ 2009\4323; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 778/2009 de 20 noviembre. RJ 2010\138.

3. POSICIONES JURISPRUDENCIALES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Hemos estado analizando anteriormente los diferentes tipos de obligaciones (*de medios/de resultado*) y los diferentes modos de concebir la medicina (*curativa/satisfactiva*) como una doble dualidad, que puede parecer algo retorcida a la hora de analizar.

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo podemos encontrar esa doble dualidad diferenciada a su vez en 3 etapas que, una vez diferenciadas nos ayudarán a aclarar los conceptos: 1) la primera etapa iniciada en 1950⁴⁵, con una profunda incidencia en la culpa del profesional para determinar su responsabilidad; 2) la segunda etapa comienza en el año 1994⁴⁶ diferenciándose la medicina curativa de la satisfactiva, existiendo una obligación de medios en la primera, y una obligación de resultado en la segunda; 3) la tercera etapa hasta la actualidad que comienza en 2005⁴⁷ entendiendo la obligación del profesional sanitario como una obligación de medios tanto en medicina curativa como en satisfactiva, siendo de resultado únicamente si por parte del médico se ha asegurado un resultado o la información otorgada al paciente fue incompleta o inexacta.

3.1. ETAPA DE 1950 A 1994

Teniendo en cuenta el carácter preconstitucional de esta etapa resulta sorprendente la cercanía que mantiene con la posición actual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La primera sentencia dictada en 1950 por la Sala primera del Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil médica se trata de un supuesto de medicina satisfactiva o voluntaria, manteniéndose una posición en pro de la necesidad del examen de la culpa⁴⁸.

La sentencia se basa en una demanda que se interpone contra unos cirujanos que efectuaron una cirugía cuyo fin era “*rectificar defectos corporales de forma*” de la demandante, no alcanzándose el resultado perseguido por la misma. La sentencia absuelve finalmente a los cirujanos, considerando que “*fue correctamente ejecutada, y si no se produjo el resultado apetecido fue por una infección que no puede atribuirse a descuido de los demandados*”.

⁴⁵ Se inicia con la Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 21 marzo 1950. RJ 1950\394.

⁴⁶ Se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 349/1994 de 25 abril. RJ 1994\3073.

⁴⁷ Se inicia con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 758/2005 de 21 octubre. RJ 2005\8547.

⁴⁸ Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 21 marzo 1950. RJ 1950\394.

No se analiza el tema de la información suficiente y necesaria, considerando la Sala que el caso encaja en el artículo 1105 del Código Civil⁴⁹, pero no se aborda ese punto al no haber sido invocado en la demanda, faltando base para calificar como culpa tanto contractual como extracontractual, señalando el Tribunal “*no puede admitirse la teoría del recurrente de que si surge una fealdad mayor que la intentada corregir brota en el acto de la responsabilidad, ya que esta no nace de la causa remota de la operación, sino de la próxima y eficiente que en este caso no es imputable a los médicos*”. Como podemos comprobar, en esta primera etapa, se descarta la existencia de una obligación de resultado, incluso en el ámbito de la medicina voluntaria.

Con posterioridad a esta primera sentencia, las resoluciones en materia satisfactiva son muy pocas, manteniéndose en el mismo criterio, Galán Cortés en lo referente a la medicina voluntaria hace destacar dos de ellas⁵⁰: 1) la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 1991 y 2) Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 1991.

En la primera de ellas, la STS de 16 de abril de 1991, se dilucida un caso en el que una cirugía maxilofacial realizada por un especialista para corregir una deformidad provoca una parálisis del triangular de los labios y la desinserción del masetero derecho de sus inserciones naturales, con desviación del mentón hacia la derecha, provocándole problemas a la hora de masticar, descartando la obligación de resultado en el caso⁵¹.

Como podemos apreciar, el Tribunal continúa ciñéndose al criterio de la sentencia de 1950, descartando la obligación de resultado en la práctica de la medicina, pero si condena al cirujano, confirmando la sentencia de instancia al no haber alcanzado el resultado comprometido. Pero no por el hecho de no haberlo alcanzado, sino porque lo ha asegurado a la paciente, y ese aseguramiento y ese compromiso a un buen resultado de la intervención hace que, de no obtenerla, nazca su responsabilidad.

La segunda de las sentencias que nos conviene analizar se trata de la STS de 3 de diciembre de 1991, en la que se decide la responsabilidad de un cirujano que ha practicado una reconstrucción de un pecho tras un tratamiento post-tumoral en la que se observa la

⁴⁹ Código Civil (Artículo 1105). “*Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables.*”

⁵⁰ Galán Cortés, J.C. Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 152.

⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 abril 1991. RJ 1991\2697. Fundamento de Derecho Segundo.

interrupción del tratamiento por voluntad del paciente⁵². Para la reconstrucción del pecho se planteó su realización en 2 fases: 1) inserción de prótesis de gel de silicona bajo el musculo pectoral, serrato y fascia; 2) plastia en la mama derecha sana para elevar el pezón y utilización de parte de este en la reconstrucción del izquierdo en forma de injerto, con la implantación en la mama izquierda de una nueva prótesis de ser preciso, elevación de ambas mamas y corrección de cicatrices.

La paciente no llegó a someterse a su segunda intervención por negativa propia pero debemos tener en cuenta que el médico pretendía continuar con su segunda fase sin percatarse ni analizar que la naturaleza del área nodular resultaba cancerosa dando lugar a una nueva intervención y extirpación de la misma, justo en la mama reconstruida. No comprobó ni la naturaleza del abultamiento antes de decidir una segunda intervención ni comprobó la ausencia o existencia de tejidos cancerosos antes incluso, de la primera intervención. La Sala considera esta actitud de claramente negligente, pero otra vez más, no por el resultado deseado, ya que tiene una obligación de medios, sino porque no ha comprobado antes de la primera cirugía que existía tejido con cáncer, provocándole daños físicos y morales a la paciente, que solicitaba su reparación, por la vía del artículo 1101 del Código Civil⁵³.

Podemos concluir afirmando que en la primera etapa, el principal criterio a tener en cuenta por el Tribunal Supremo es la culpa, lo que hace que se declare la responsabilidad del médico que ejercita una profesión del ámbito de la cirugía estética o satisfactiva, no bastando con que no se obtenga un determinado resultado. Se tendría en cuenta el no alcance del resultado previsto únicamente si se ha asegurado antes de efectuar la intervención.

3.2 ETAPA DE 1994 A 2005

Este segundo periodo se inicia con la STS de 25 de abril de 1994, relativa a una reclamación formulada por un paciente víctima de una vasectomía fallida. A este paciente se le omitió la necesaria información terapéutica sobre qué medidas y prevenciones debía asumir en el postoperatorio, consecuencia de esta carencia de información, su pareja quedó en cinta y dio a luz a gemelos. En esta sentencia, se deja entrever un aproximación a la consideración de un contrato de obra, declarando la sentencia *“se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del*

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 diciembre 1991. RJ 1991\8907 Fundamento de Derecho primero.

⁵³ Artículo 1101 del Código Civil.

resultado que se persigue”, pudiendo percatarnos con este tipo de afirmación del cambio de criterio que sigue a partir de esta etapa, haciendo especial hincapié en los resultados que han sido indebidamente informados

La mayoría de las obligaciones de medios comienzan a intensificarse en esta etapa haciendo recaer sobre el facultativo, no únicamente como sucede con la medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, sino también, y con mayor fuerza aún, la de informar al cliente, (no siendo considerado paciente en este caso), del posible riesgo que la intervención puede acarrear, sobre todo si es quirúrgica, así como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado buscado y de los cuidados, actividades y análisis que sean necesarias para asegurar el éxito de la intervención.

Como podemos ir comprobando, el cambio de doctrina en esta fase es muy palpable y considerablemente antagónica respecto de la fase anterior. Marcando un gran abismo entre la obligación que asume el facultativo según se trate de medicina curativa o satisfactiva. Si observamos la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1997, que resuelve sobre una intervención quirúrgica fallida de vasectomía podemos ver como enfoca ese cambio de criterio respecto al cumplimiento exacto del contrato⁵⁴.

Por tanto, como apunta Seijas Quinta, en un arrendamiento de obra, el resultado es la auténtica representación final de la actividad desarrollada por el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre cuando hay desencadenado un proceso patológico que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible⁵⁵. Se comienza a diferenciar, en la medicina, entre dos naturalezas jurídicas diferentes, llegando a considerar un contrato de obra, el asumido por el cirujano en el campo de la medicina satisfactiva⁵⁶.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 83/1997 de 11 febrero. RJ 1997\940. Fundamento de Derecho Quinto.

⁵⁵ Seijas Quintana, J.A (Magistrado del Tribunal Supremo). “*Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; obligación de resultados?*”. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Número 29. Primer Trimestre. Año 2009. Página 14

⁵⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 580/1997 de 28 junio. RJ 1997\5151 Fundamento de derecho quinto.

Es muy revelador traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 1998, de modo que podamos ver como aborda el Tribunal Supremo la medicina curativa, siendo muy interesante las matizaciones que hace en esta sentencia. El pleito versa sobre una reclamación de un paciente que sufrió daños por una caída, siendo diagnosticado de “*fractura abierta conminuta en tercio inferior de la tibia izquierda con trayecto principal espiroideo*” lo que precisó de varias intervenciones quirúrgicas, presentando “*osteomielitis aguda distal de tibia*”, a pesar de aplicarle antibióticos, con un origen previsible en complicación típica de “*osteosíntesis*” y, fruto de su mala evolución, y sobre todo por el evidente y alto riesgo vital de varios episodios de “*tromboflebitis de extremidad inferior izquierda*” y de “*tromboembolismo pulmonar*” sufridos, preciso de una amputación de su extremidad. En esta sentencia se analiza el “*onus probandi*” de las reclamaciones por responsabilidad civil médica declara la “no inversión de la carga de la prueba” salvo dos excepciones⁵⁷ que son reiteradas en sentencias posteriores⁵⁸: 1) Cuando por la práctica de una cirugía estética el paciente a su vez es cliente, y la obligación es de resultado; 2) Casos especiales o aquellos en los que esté probado un daño desproporcionado o enorme, o falta de diligencia e incluso obstrucción o falta de cooperación.

Ya entrados en el año 1999 nos topamos con otra sentencia interesante, regresando de nuevo al terreno de la medicina voluntaria, que es el principal campo en el que se diferencia de la doctrina actual, esta vez es un tratamiento dental que precisa de anestesia general y colocación de una prótesis. Pues bien, en esta sentencia, el Tribunal señala que la relación jurídica entre el demandante y el demandado nace de un contrato entre ambos consistente en “*tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis*” llegando a la conclusión de que tiene la naturaleza de contrato de obra⁵⁹, siendo aquel en que una de la partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto⁶⁰, entendiéndose que la normalidad sería entender la relación médico paciente como un contrato de prestación de

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 127/1998 de 19 febrero. RJ 1998\877 Fundamento de derecho tercero.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 267/2004 de 26 marzo. RJ 2004\1668 Fundamento de derecho segundo.

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 587/1999 de 28 junio. RJ 1999\4894. Fundamento de derecho tercero.

⁶⁰ Código Civil (Artículo 1544). “*En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto.*”

Código Civil (Artículo 1583). “*Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por cierto tiempo, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo.*”

servicios teniendo el médico una responsabilidad de medios en aquellos ámbitos de la medicina cuyo resultado no puede estar dentro de sus posibilidades. Considera como casos en los que la obligación es de resultado aquellos en los que el médico se obliga a producir el mismo, citando como tales a la cirugía estética, vasectomía y odontología. A este respecto la sentencia hierra al entender la odontología como una rama orientada a lo meramente estético, encontrando discrepancias entre juristas como Galán Cortés que a su criterio, las intervenciones odontológicas no generan por sí mismas una obligación de resultado, porque se hallan sometidas al alea consustancial de cualquier acto médico, y apunta a la necesidad de diferenciar entre los tratamientos que tienen un fin puramente estético (ortodoncia), de los que son curativos y necesarios (odontología conservadora). De lo que no tiene dudas es de que una información inadecuada puede convertir un tipo de obligación en otro, por lo que la información sobre los riesgos al paciente es de vital importancia⁶¹.

Ya situados en el año 2001, se sigue dando pasos en la doctrina que sigue el Tribunal Supremo en esta etapa, calificando abiertamente la relación contractual médico-paciente en la medicina satisfactiva como un contrato de obra, abandonando la excepcionalidad de considerarlo como tal⁶².

Ya entrados en el año 2003, aún sigue manteniendo esta postura el Tribunal, pudiendo observarlo en dos sentencias interesantes, por una lado nos encontramos una resituación de los senos mamarios en la STS de 22 de julio de 2003, y por otro, una ligadura de trompas en la STS de 22 de junio de 2004.

En la STS de 22 de julio de 2003, ante una intervención de cirugía plástica con el fin de resituar las mamas, el Tribunal continúa enfatizando la consideración como contrato de obra en la cirugía estética⁶³.

Por otra parte, en la STS de 22 de junio de 2004, se dirime sobre un supuesto de reducción de mamas orientada a mitigar los dolores de espalda causados por su hipertrofia mamaria, y una osteoporosis en fase inicial. Tras la cirugía sufre una necrosis del único pecho intervenido destruyendo la areola-pezones de dicha mama. El médico era un catedrático de universidad,

⁶¹ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 156 (cita al pie).

⁶² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1193/2001 de 11 diciembre. RJ 2002\2711. Fundamentos jurídicos tercero y cuarto.

⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 783/2003 de 22 julio. RJ 2003\5391. Fundamento de derecho primero.

desempeñaba la cátedra de Patología Quirúrgica, médico especialista en Cirugía General, pero carente de la especialidad en Cirugía Plástica. Hemos hablado antes de esta sentencia, y señalamos que fue condenado porque efectuó la intervención tras aconsejarla personalmente a la parte recurrente y además, su experiencia quirúrgica estaba centrada muy especialmente en el cáncer de mama (extirpación de tumores), pero no en la reconstrucción de los senos, cayendo en el probable error de considerar la obligación del médico como de resultado⁶⁴.

En conclusión, en esta etapa es donde el Tribunal marca su diferencia más palpable respecto de la etapa contemporánea, llegando incluso a desprestigiar la labor del cirujano estético, restándole importancia a las intervenciones de esa índole. Es evidente que no debe hacerse de peor condición al cirujano estético que al cirujano general y que el componente aleatorio y el factor reaccional individual imposibilitan, en puridad conceptual, clasificar su obligación como propia de las de resultado, lo que no obsta a que, en muchas ocasiones, su obligación revista tal naturaleza como consecuencia de una información sesgada, intencional o incompleta, por cuya virtud se induce al cliente a pensar que se trata de una operación sencilla y exenta de riesgos, y que el resultado está prácticamente garantizado o asegurado (muchas veces la propia actividad promocional, efectuada con el único fin de captar o atraer clientes, orienta intencionadamente en ese erróneo sentido⁶⁵), por lo que en este tipo de cirugía debe ponerse el acento en la información⁶⁶.

3.3 ETAPA ACTUAL (ORIGEN EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE OCTUBRE DE 2005)

En el año 2005 se aprecia un cambio de paradigma muy importante sobre las obligaciones del médico en la medicina satisfactiva, retornando a los criterios jurisprudenciales que existían en la primera etapa, llegando a considerar la obligación del médico como una obligación de medios, con gran exigencia en la información de los riesgos (implícita en el consentimiento informado), con la excepción de aquellos casos en los que se asegure un resultado, o hagan una publicidad determinada en la que dejen entrever o insinuar un resultado determinado.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 560/2004 de 22 junio. RJ 2004\3958. Fundamento de derecho cuarto.

⁶⁵ Contemplado en el Artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁶⁶ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 162.

El cambio de criterio arranca con la STS de 21 de octubre de 2005, condenándose a un cirujano que realizada una operación cuyo objetivo era eliminar unas cicatrices que presentaba la paciente en la región peribucal y mentón, debidas a una depilación eléctrica realizada por otro profesional, años atrás, provocándole tales daños en su rostro. La condena se cimenta en la omisión de información previa del riesgo, con un riesgo muy improbable pero previsible⁶⁷.

Podemos apreciar, que a diferencia del periodo anterior, en esta sentencia no se profundiza tanto en si ha habido un aseguramiento del resultado, sino que se basa simplemente en el insuficiente consentimiento informado, independientemente de que el resultado obtenido sea o no, el deseado por la paciente. La sala razona, que no considera que exista en este supuesto, un aseguramiento del resultado por parte del profesional, ni tampoco un contrato de obra, ni, consecuentemente, una obligación de resultado, ya que de tratarse de una obligación de este tipo, no debería ser objeto de estudio “*la culpa*” ni tan siquiera constituiría una carga probatoria del acreedor, sino que sería algo totalmente indiferente.

La Sala Primera del Tribunal Supremo es plenamente consciente de las peculiaridades que presentan los casos de medicina voluntaria o satisfactiva, respecto de los casos de medicina curativa, no sólo en cuanto a la prestación asistencial propiamente dicha, sino también, en lo referente al contenido del deber de información y del consentimiento informado, por lo que el Tribunal de manera acertada considera que en los supuestos de medicina satisfactiva la exigencia de información es mayor, debido a que la libertad de opción del paciente/cliente es evidentemente superior a la que se tiene en los casos de medicina necesaria o curativa para rechazar la intervención médica, pues ésta resulta innecesaria o no tiene carácter urgente⁶⁸.

En esta etapa, también tienen protagonismo los Derechos de los Consumidores, siendo muy recurrente como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2006⁶⁹. En este caso, se valoraba un fracaso de un tratamiento de implante capilar artificial, que le

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 758/2005 de 21 octubre. RJ 2005\8547. Fundamento de derecho tercero.

⁶⁸ Pérez García, M.J. “*La responsabilidad civil médico-sanitaria en el Derecho español. Significado y alcance del consentimiento informado y del deber de información*” Cuadernos de Análisis Jurídico - Serie. Colección Derecho Privado Año 2010 No. VI. Catálogo de Revistas Escuela de Derecho. Universidad Pontificia de Valparaíso. Universidad Autónoma de Madrid. Página 163.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1ª) 993/2006 de 4 octubre RJ\2006\6428.

ocasionaron lesiones dermatológicas crónicas al paciente. La sentencia es tajante respecto de la publicidad haciendo especial hincapié sobre la importancia de informar de los riesgos⁷⁰.

La sentencia hace mención a la legislación de consumidores, en lo relativo a la exigencias que ha de cumplir la oferta, promoción y publicidad de los servicios, siendo exigible el contenido de tales promociones, exigible por los consumidores incluso cuando no estén previstas en el contrato celebrado⁷¹. Esta condena se basa en la falta de información sobre los riesgos, riesgos que se hicieron presentes tras la práctica, y fueron silenciados de forma intencionada para influir positivamente en el paciente y que así, este decida someterse a la cirugía. El Tribunal considera que esa publicidad es inadecuada y su objetivo era conseguir clientes de forma manipuladora, para que pensasen que la intervención carecía de riesgos, y garantizando el resultado final de una forma implícita. Eso transforma su inicial obligación de medios en una clara obligación de resultado, haciendo ocioso, por tanto, el análisis de la culpa⁷².

Siguiendo con el análisis de supuestos de medicina voluntaria, podemos apreciar más argumentación para determinar la responsabilidad médica, considero de interés el análisis de la STS de 26 de abril de 2007, versando el caso sobre la corrección de una serie de intervenciones quirúrgicas para corregir un cuadro de fimosis e incurvación lateral derecha, congénita, del pene del actor, resultando no ser exitosa tal operación, persistiendo la incurvación del pene, no consiguiéndose de forma satisfactoria y adecuada a lo que el interesado esperaba. Esas expectativas que tenía el paciente fueron generadas por el cirujano, asegurando este un éxito en las intervenciones, por lo que este decidió someterse a esta nueva operación, siéndole ofrecida como correctora. El resultado fue que el pene del actor, a partir de entonces presentó una discreta incurvación en ángulo glundar lateral izquierdo que antes no existía descartando obligación de resultado porque la anomalía inicial si se corrigió⁷³.

La parte actora pretendía exigirle responsabilidad por no haber obtenido el resultado, sin embargo, el Tribunal entiende que la responsabilidad no nace de la no obtención del

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1ª) 993/2006 de 4 octubre. RJ\2006\6428. Fundamento jurídico cuarto.

⁷¹ Regulado en el Artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

⁷² Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 164 Y 165.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 467/2007 RJ\2007\3176. Fundamento Jurídico Segundo.

resultado, sino porque ese resultado fue prometido u ofertado al paciente, no cliente, y porque se obtuvo en razón a una mala praxis médica⁷⁴.

Esta sentencia no deja de resultarme algo controvertida, pues en el caso de la corrección de tal incurvación del pene, el hecho de calificarlo como una cirugía satisfactoria, es complejo de sostenerlo, como afirma Galán Cortés, sobre todo si tenemos en cuenta que de tal deformación, el paciente padecía trastornos psicológicos y le impedía mantener relaciones sexuales⁷⁵.

Una sentencia muy interesante que ejemplifica la posición que mantiene el Tribunal Supremo en esta etapa es la STS de 18 de mayo de 2006. Versa sobre un caso de una encefalopatía de un recién nacido que fallece a los dos años de edad, existiendo un seguimiento por parte de la clínica demandada a quien le correspondía el control de la situación razón que motiva la posición del Alto Tribunal⁷⁶. Podemos apreciar como en esta sentencia, reseñable para fuertes sectores de la doctrina⁷⁷, el Tribunal se aleja por completo de la consideración de la obligación del médico como una obligación de medios.

La evolución jurisprudencial continúa, y el Tribunal Supremo continúa aportando diferentes criterios de imputación de la responsabilidad, en este caso traigo a colación la STS de 30 de junio de 2009, siendo absolutamente pionera⁷⁸. En esta etapa se asienta la tesis imperante en nuestros días, y no es otra que, tanto en medicina curativa como satisfactoria, la obligación del médico es una obligación de medios o de actividad, excepto cuando se produzca una omisión de la información o se haya garantizado el resultado.

Yendo más al quid de la cuestión poniendo el acento en la medicina voluntaria, podemos precisar, si un cirujano estético informe de forma correcta y exhaustiva a su paciente, incluso de la eventualidad de un mal resultado con posibilidad de empeoramiento, del aspecto estético, debe calificarse como una “*obligación de medios acentuada, reforzada o especialmente cualificada*” en base a la rigurosa información que le es exigida. En aquellos

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 abril (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia 467/2007 RJ\2007\3176. Fundamento Jurídico Tercero.

⁷⁵ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página .165

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª). 512/2006 de 18 mayo. RJ 2006\2369

⁷⁷ Muro Insausti, J. (Director) “*Aranzadi Responsabilidad Civil. Doctrina, Jurisprudencia, Régimen Legal y Formularios*”. (Tomo IV: Transporte, Responsabilidad Médica y Sanitaria, Responsabilidad de Padres y Centros Docentes). Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2012. Página 603.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª). 534/2009 de 30 de junio de 2009 RJ\2009\6460. Fundamento Jurídico segundo.

casos en los que haya habido un aseguramiento del resultado, o en que la información no se haya ofrecido en los términos expuestos, podríamos hablar de una obligación de resultado, siendo esto lo que motive su calificación como una obligación de ese tipo, por asegurar el resultado o por informar inadecuadamente, no por la peculiaridad del acto quirúrgico⁷⁹.

⁷⁹ Galán Cortés, J.C. Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 173.

4. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

4.1 NEXO CAUSAL Y CRITERIOS DE IMPUTACIÓN OBJETIVA

La Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006 nos menciona el nexo causal, consistente en la responsabilidad a partir de un daño causalmente vinculado a una acción u omisión negligente o culposa no asociada al resultado sino al hecho de no haber puesto los medios adecuados a disposición del paciente, la conocida como “*Lex artis ad hoc*”⁸⁰

La causalidad, como el daño, es un elemento básico e imprescindible de la responsabilidad civil, por lo que su ausencia excluye todo tipo de responsabilidad civil, tanto objetiva como subjetiva. Galán Cortés, en este aspecto, considera que si nos ceñimos al tenor literal del artículo 1902 del Código Civil, podríamos afirmar que se hace responsable al sujeto negligente de todos los daños que su acción u omisión haya causado, lo que no es sensato ni razonable, por lo que la doctrina ha querido delimitar el criterio de atribución objetiva, con el fin de evitar una extensión insatisfactoria de la esfera de la responsabilidad civil, distinguiendo entre causalidad física (material) y causalidad jurídica (imputación objetiva)⁸¹:

- La concurrencia o no de causalidad física es algo empíricamente verificable, debiendo determinarse según los métodos de las ciencias naturales, siendo la base de la teoría de la *equivalencia de condiciones*, oportuna, de primeras, para establecer la causalidad física, pero inadecuada para determinar la imputación objetiva (delimitar que daños producidos dentro de un curso causal han de ser puestos a cargo del agente, y evitar que se le imputen la totalidad de las consecuencias de su conducta.
- Sobre la imputación objetiva, da respuesta a una cuestión distinta: ¿El demandado ha de responder? ¿Hasta que extremo de las consecuencias que su conducta ha provocado? Es por ello, que se suministran una serie de criterios que nos permiten guiar correctamente el proceso de valoración normativa entre las distintas causas concurrentes. La teoría de la *causalidad jurídica* fue considerada por el Tribunal Supremo, en su Sala 2ª, para determinar si un resultado es objetivamente imputablemente a una acción del sujeto enjuiciado.

⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sección 1ª. 1342/2006 de 18 diciembre. RJ 2006\9172. Fundamento Jurídico Segundo.

⁸¹ Pantaleón Prieto, F. “*Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*” en “*Centenario del Código Civil (1889-1989)*”. (VV. AA). Tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990. Páginas 1561 a 1591.

En el terreno que nos vamos a mover es el de la imputación objetiva, desarrollándose distintos criterios para delimitarla: de adecuación, protección de la norma, prohibición de regreso, provocación, incremento del riesgo, competencia de la víctima y del riesgo general de la vida. Estos criterios, utilizados por la Jurisprudencia de la Sala Primera para establecer/excluir la imputación objetiva en supuestos de responsabilidad civil médica los desarrolla Galán Cortés, y ciñéndome a su obra los analizaré detalladamente: 1) *criterio de la prohibición de regreso* 2) *criterio de la adecuación* 3) *criterio del incremento del riesgo*⁸².

4.1.1 CRITERIO DE LA PROHIBICIÓN DE REGRESO

Mediante este criterio extraído de la jurisprudencia norteamericana, se excluye la imputación objetiva del daño a quien puso en marcha un curso causal que condujo al resultado en cuestión, si en su desencadenamiento ha intervenido sobrevenidamente una conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, con la excepción de que esta última conducta se haya visto decisivamente favorecida por el autor mediato.

La sentencia que arroja este criterio de imputación es la STS de 14 de febrero de 2006, que busca excluir la imputación objetiva del médico que realizó un legrado incompleto a una paciente que posteriormente se practicó una salpingectomía por otro facultativo. El caso versa sobre una extirpación de trompa de falopio izquierda limitando procreación a inseminación artificial. Se realizó un legrado incompleto practicado por un primer médico y no hubo una intervención posterior para eliminar el embarazo uterino no evolutivo. Esto provocó posteriormente la práctica salpingectomía realizada por cirujano basándose en embarazo ectópico inexistente. Se dirime si la responsabilidad es exclusivamente del cirujano o también del primer médico. En esta sentencia, el criterio de *prohibición de regreso* ¿Qué implica? Se niega la imputación del evento dañoso al primer cirujano, en el curso causal en el que desembocó la salpingectomía izquierda de la paciente ha sido determinante la conducta gravemente negligente del segundo médico, no bastando con su simple negligencia. Si la actuación del segundo cirujano estuviese íntimamente condicionada a la negligencia del primero, sería inaplicable este criterio para excluir la imputación objetiva, salvo la prohibición de regreso, no impidiendo la imputación del primer cirujano⁸³.

⁸² Galán Cortés, J.C. “*La responsabilidad civil médico-sanitaria*” en Seijas Quintana, J.A. (Coordinador) “*Responsabilidad Civil: Aspectos fundamentales*”. Editorial Jurídica Sepín, S.L. Madrid, 2015. Páginas 325 a 334.

⁸³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 84/2006 de 14 febrero. RJ\2006\884. Fundamento jurídico duodécimo.

4.1.2 CRITERIO DE LA ADECUACIÓN

Mediante la aplicación de este criterio, no cabe imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor, si la producción del mismo fuese descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor y hubiese enjuiciado la cuestión al momento anterior a su conducta.

La sentencia que trae a colación este criterio es la STS de 21 de octubre de 2005, en la que se condena a un cirujano estético por falta de información al cliente del riesgo de aparición de una cicatriz queloide tras un tratamiento con láser CO2 que buscaba eliminar unas pequeñas cicatrices peribucales, riesgo que se hizo realidad tras la intervención⁸⁴.

Esta sentencia deja patente, lo que exige la causalidad adecuada, que para anudar una responsabilidad al suceso lesivo, dicho resultado tiene que ser una consecuencia natural, adecuada y suficiente, valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso, excluyendo aquellas hipótesis lejanas al nexo causal.

La valoración y cuantificación de un término tan complejo como el de la previsibilidad también ha sido objeto de análisis por la doctrina, el juicio de previsibilidad derivado de la teoría de la causalidad genera cierta división, sobre todo encontrando reticencias en la corriente más penalista, exigiendo como presupuesto de la teoría de la adecuación, la previsibilidad objetiva *ex ante*, a modo de juicio pronóstico⁸⁵, mientras que otros son contrarios a introducir el juicio de previsibilidad en la teoría de la adecuación por confundir elementos objetivos y subjetivos, considerando que la previsibilidad es parte del terreno de la culpa innecesario para el desarrollo de los cursos causales⁸⁶.

Para aclarar estas posiciones, seguiré el planteamiento que hace Carrasco Perera, reinterpreto el concepto de previsibilidad, exponiendo tres flancos desde donde se demuestra su efectividad⁸⁷:

⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 758/2005 de 21 octubre. RJ\2005\8547. Fundamento Jurídico Tercero.

⁸⁵ Mir Puig, S. “*Derecho Penal. Parte General*”. 10ª edición. Editorial Reppertor, Barcelona, 2016 Página 246.

⁸⁶ Diez Picazo, L “*Derecho de daños*”. Editorial Civitas. Madrid, 1999. Página 336.

⁸⁷ Carrasco Perera, A “*Comentario a los artículos 1101, 1102, 1104, 1105, 1106 y 1107 del Código Civil*”. en Albadalejo García, M. (coordinador) “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”, Tomo XV, Volumen 1, Editorial Edersa. Madrid, 1989.

- Primer flanco: Es el que fundamenta el juicio de responsabilidad, es donde hay que distinguir si la responsabilidad es objetiva o subjetiva. Lo previsible o imprevisible actuaría en ambos supuestos: *imprevisible* es lo que excede del ámbito de riesgo asignado al deudor. Luego, dependiendo del régimen de responsabilidad, subjetivo u objetivo, tal asignación se efectuará de forma respectiva, según las reglas de diligencia aplicables al modelo de conducta (previsibilidad determinante de imputación de responsabilidad por culpa, nuestro criterio de imputación). Si la responsabilidad es objetiva, la asignación de riesgo derivará de la norma que prevea el sistema de responsabilidad objetiva para ese concreto supuesto.
- Segundo flanco: Se hace referencia al artículo 1107.1º del Código Civil, aplicando el precepto al “*deudor de buena fe*” para delimitar los daños de los que tiene que responder “*antes*” del incumplimiento. Esto es un juicio valorativo sobre lo que las partes entendieron obligarse al tiempo de contratar para la eventualidad de la falta de cumplimiento, un problema de comprensión.
- Tercer flanco: Se trata del “*juicio de adecuación causal*” o “*juicio de imputación de daños*”, previsto en el artículo 1104.1 párrafo segundo del Código Civil, es lo que despeja la duda sobre el término “*consecuencia necesaria*” relativa al juicio de imputación de daños, aplicable para la responsabilidad contractual y extracontractual. Como hemos visto anteriormente la jurisprudencia opta por entenderlo como un “*juicio de probabilidad cualificado*” reconociéndose la constatación de la causalidad material y la imputación objetivo, concurrentes en la causalidad física y la causalidad jurídica⁸⁸.

4.1.3 CRITERIO DEL INCREMENTO DEL RIESGO

Este criterio aparece si la conducta analizada ha aumentado considerablemente el riesgo, provocando el resultado dañoso, con una probabilidad muy elevada, no hubiera sucedido si la conducta adoptada hubiera sido diligente. Es importante este criterio ya que en materia de responsabilidad por culpa no cabe imputarle un concreto resultado dañoso a una conducta negligente, si tal conducta comparada con la conducta alternativa adecuada no ha incrementado el riesgo de que se produzca el evento dañoso en cuestión, de modo que este

⁸⁸ Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; “*Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Albolote (Granada),2006. Página 27

se hubiera producido igualmente, independientemente de cuál hubiera sido la conducta adoptada.

La sentencia que se trae a colación es la STS de 18 de junio de 2013, versando sobre una demanda interpuesta por los padres de una niña que nace con parálisis cerebral severa tras intentar el obstetra un parto vaginal, sabiéndose que había tenido anteriormente (15 meses antes) otro parto por cesárea, sumado a que el parto que se dirime en sentencia había sido provocado lo que lo convertía en un parto de riesgo, no siendo informada la paciente de absolutamente nada siendo decisivo para imputarle responsabilidad al médico⁸⁹.

4.2 CULPA MÉDICA

Como hemos analizado anteriormente, partimos de la premisa conceptual de que en el ámbito de la medicina no tiene cabida una responsabilidad objetiva, sino subjetiva y el origen de dicha responsabilidad parte de una actuación negligente médico-quirúrgica, ya sea derivada de una culpa contractual o extracontractual. En ambas responsabilidades, existen los siguientes elementos identificadores: la acción u omisión culposa o negligente, el daño y la relación de causalidad.

Una acción implica que la actividad médica se realizó, pero se realizó mal. Esto aunque sea lo más sencillo de identificar para nosotros, es lo menos habitual en presupuestos de culpa médica.

La omisión en este terreno de la responsabilidad médica implica que algo debió y pudo haberse hecho, pero sin embargo no se hizo, con las dudas y expectativas que genera al paciente perjudicado (o a sus herederos) el pensar, qué hubiera pasado, si la acción omitida se hubiera realizado. La mayor parte de casos de responsabilidad civil por daño, responden a una conducta omisiva: errores de diagnóstico (no haber realizado pruebas que debieron y pudieron hacerse), diagnósticos tardíos, excesivas e indebidas dilaciones, ausencia de consentimiento informado, etc.

La relación de causalidad es una garantía de seguridad jurídica, teniendo en cuenta, que cuando hablamos de un daño causado, el principal objetivo es la reparación de dicho daño causado, y no la sanción del sujeto que causó el daño, teniendo lugar tras constatarse la culpa.

⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 403/2013 de 18 junio RJ\2013\4376. Fundamento Jurídico Sexto.

La culpa es el requisito determinante y unitario de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, constituyéndose en ambas como criterio necesario y suficiente para imputarle responsabilidad al sujeto que actuó negligentemente⁹⁰. La duda a partir de ahora surgirá de la siguiente pregunta ¿Qué consideramos culpa médica? ¿Cuándo podemos considerar que existe culpa?

Como precisamos anteriormente, las omisiones son las conductas típicas que tienen lugar en el ámbito sanitario, pero pueden generar cierta incertidumbre acerca de si tienen relación directa con el desenlace final. Puede haber equivocaciones o demoras a la hora de diagnosticar o tratar los dolores, falta de información o de consentimiento informado o incluso fallidos o inexistentes diagnósticos prenatales. Respecto a estas omisiones, cabe realizar un juicio de causalidad para concluir si la omisión existe o no.

Teniendo presente que para nuestro Tribunal Supremo queda descartada cualquier responsabilidad de tipo objetivo, no existiendo presunción de culpa ni inversión de carga de la prueba, que se admiten para los daños de otro origen, estando a cargo del paciente la prueba de la culpa y su relación de causalidad, debiendo saberse con total certeza que su responsabilidad está basada en una culpa incontestable, es decir, patente⁹¹. En el juicio ha de quedar plenamente acreditado que el acto médico o quirúrgico en cuestión, infringe las técnicas o médicas exigibles para su realización⁹². Se rechaza la responsabilidad por riesgo, al entenderse que un médico no crea riesgos aislados frecuentemente, al contrario, se enfrenta a situaciones de riesgo para beneficiar al paciente, combatiendo los peligros que acarrea la enfermedad o patología sufrida por el paciente (donde podemos considerar que hay riesgo es en la medicina satisfactiva, aunque esos riesgos sean queridos o aceptados por el cliente). No se ignora que la actividad médica no está desprovista de riesgo y los criterios de objetivación de la responsabilidad profesional sanitaria están vedados por la jurisprudencia, pero lo que no puede el médico es incrementar de forma innecesaria e inadecuada los riesgos que ya en

⁹⁰ Pérez Vallejo, A.M. “*Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Página 558.

⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1996. RJ 1996\866.

⁹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 922/2005 de 24 noviembre. RJ 2005\7855; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 508/2008 de 10 junio. RJ 2008\4246; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 778/2009 de 20 noviembre. RJ 2010\138.

sí mismo tiene el acto médico y hacer partícipe de los mismos a la paciente sin una previa y detallada información y consentimiento expreso de esta, cuando era posible hacerlo⁹³.

No podemos crear confusión hablando de riesgo en determinadas terapias, que sin duda, pueden acarrear algún riesgo añadido, pero por otra parte nos encontramos ante una enfermedad que conlleva más riesgo aún, si siguiese desarrollándose. Debe por tanto, efectuarse un balance ponderado de la situación y sus circunstancias concurrentes. El médico no crea riesgos de forma habitual, su propia actuación terapéutica implica elegir entre un riesgo u otro, tendiéndose a optar por el de menor probabilidad o letalidad, con el cometido de curar al paciente o por lo menos, mitigar su dolor. La enfermedad es la que genera riesgo. En las responsabilidades por actos médicos no es aplicable la inversión de la carga de la prueba, debido a que la actuación médica generalmente no crea riesgos ni obliga a obtener un determinado resultado, siendo el médico un agente que busca la salud del paciente, no pudiendo garantizarla, por lo que es a la parte actora a quien le corresponde acreditar la culpa en base al artículo 1902 del código civil⁹⁴.

4.2.1 DEBER DE COLABORACIÓN DEL PACIENTE

El paciente tiene su dosis de responsabilidad y parte del éxito de su tratamiento depende, en mayor o menor medida de su actitud ante el mismo, siendo importante que informe correctamente de sus dolencias o de sus antecedentes para poder elaborar un diagnóstico correcto. La omisión de la colaboración puede ser decisiva para que el profesional quede exento de responsabilidad, ya que si el paciente ha ocultado antecedentes clínicos o físicos puede implicar una actuación errónea (ocultar alergias a medicamentos, ocultar consumo de drogas...). La labor del médico es hacer las preguntas relevantes y adecuadas para sondear al paciente, no siendo responsabilidad del paciente facilitar información que no le haya sido requerida. El deber de información se encuentra recogido en la Ley de Autonomía del Paciente *“Los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria.”*⁹⁵.

⁹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 403/2013 de 18 junio. RJ 2013\4376 Fundamento Jurídico Sexto.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 267/1996 de 8 abril. RJ 1996\2882. Fundamento de derecho tercero.

⁹⁵ Artículo 2.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La jurisprudencia también ha abordado esta cuestión, como por ejemplo, en la STS de 15 de diciembre de 2004. En este pleito se dirimía acerca de una demanda que interponen los padres de una chica que padece neurofibromatosis, en términos más técnicos conocida como “enfermedad de «Von Recklinhausen»”, diagnosticada meses después de ser atendida por la profesional médica demandada, por un tumor neurogénico retroperitoneal, siendo intervenida y falleciendo pasados 5 meses desde la cirugía. Se le achaca a la demandada el no haber remitido a la paciente inmediatamente a un especialista, ya que la enfermedad estaba diagnosticada desde hacía seis años. Se privó al paciente de un dato decisivo sobre el alcance de su enfermedad, sin embargo la sala descarta la negligencia y desestima la demanda⁹⁶”.

4.2.2 HISTORIAL CLÍNICO

4.2.2.1 Concepto

La historia clínica o historial clínico es el relato o biografía patológica de la persona, siendo la transcripción literal de la relación médico-paciente, ocupando un valor fundamental tanto desde el punto de vista clínico, como jurídico, ya que es muy revelador a la hora de valorar la actuación del profesional sanitario. Esto puede ser un arma de doble filo, puede ser el mejor aliado o el peor enemigo del médico que esté siendo procesado en una causa⁹⁷.

La historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, identificando a los médico y a los demás profesionales que hayan intervenido en ellos, con el objetivo de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos, en el ámbito de cada centro⁹⁸.

4.2.2.2 Contenido

Toda aquella información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente va a ser incorporado a la historia clínica. Todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, ya sea por escrito o por el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud, tanto en atención primaria como especializada. La finalidad de la historia clínica no es otra que la de facilitar la asistencia sanitaria, dejando

⁹⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) 1230/2004 de 15 diciembre. RJ 2004\8212. Fundamento Jurídico Primero y Segundo.

⁹⁷ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 193.

⁹⁸ Artículo 14.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

constancia de todos los datos que, bajo criterio médico permitan conocer el estado de salud del paciente de una forma veraz y actualizada⁹⁹, para más claridad la propia Ley de Autonomía del Paciente ya deja establecido el contenido mínimo que la Historia Clínica debe contener¹⁰⁰.

El quid de la cuestión que nos ocupa, para este trabajo, es lo relativo a la custodia y el acceso a la historia clínica, porque siendo algo muy útil para el médico, es un recopilatorio de datos que pueden ser considerados sensibles para el paciente, y su comunicación solo puede hacerse con el consentimiento del afectado, o si lo dispone una ley en defensa de un interés preferente, solo admitiéndose el acceso de los afectados titulares de los datos o su representante *voluntario* si son mayores de edad, o a los representantes legales, cuando hablemos de menores o incapacitados, porque es un derecho *personalísimo*¹⁰¹.

Para analizar las vicisitudes de la custodia y del derecho de acceso a estos datos, que puede acarrear algo de problemática jurídica, me orientaré por el punto de vista de Orozco Pardo¹⁰². La normativa establece una responsabilidad compartida para los profesionales que manejan la Historia Clínica con la observancia de los deberes de veracidad, actualidad e integridad del contenido de esta, señalando también que se llevará con los criterios de *unidad* y de *integración*, en cada institución asistencial, siendo más fácil de este modo conocer los datos del paciente en cada proceso, entendido esto como un criterio rector, que establece la unidad de información del centro, para así coordinar las aportaciones de cada profesional¹⁰³. No debemos olvidar, que la historia clínica, como archivo que contiene información personal del paciente, se haya protegida por la Ley de Protección de datos, por lo que tendría una doble regulación jurídica: por un lado, la establecida por la normativa sanitaria estatal o autonómica, y por otro, el régimen jurídico de la Ley de Protección de datos.

⁹⁹ Artículo 15.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁰⁰ Artículo 15, apartados 2 y 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁰¹ Lo contempla el Artículo 15 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.

¹⁰² Orozco Pardo, G. “*Capítulo Sexto. Problemática Jurídica de la información sanitaria. El acceso a la historia clínica*” en Morillas Cueva, L (Director) Suarez López, J.M (Coordinador) “*Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y otros Agentes Sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Páginas 589 y siguientes.

¹⁰³ Artículo 15.3 y 17.3 de la Ley 41/2002 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En resumidas cuentas, para la labor que nos atañe, la historia clínica es lo equivalente a la “*caja negra*” de los aviones, extrapolada a la profesión médica, es la formalización escrita del trabajo de un sanitario reflejado en la misma, siendo común para cada centro, y única para cada paciente atendido en el mismo¹⁰⁴. Como podemos sacar en contexto, la constancia escrita de las actuaciones médicas es un dato muy importante, siendo una prueba esencial en los procesos de responsabilidad civil médica.

En la STS de 11 de abril de 2002, nos encontramos ante un pleito promovido por la viuda e hijas de un hombre, que se sometió a una intervención quirúrgica para extirpar un tumor cerebral, que posteriormente se supo que era maligno, y falleció el día después de la intervención por una complicación quirúrgica. Esta sentencia nos ilumina acerca de la importancia de la historia clínica, ya que gracias a la ausencia de anotaciones en ese día, podemos llegar a deducir la existencia de negligencia, el cirujano no cumplió con diligencia su obligación de medios en cuanto no aplicó la técnica adecuada a la complicación surgida durante la intervención y no prescribió tras ésta las medidas de control adecuadas¹⁰⁵.

Otra sentencia interesante para el estudio de la importancia de la historia clínica es la STS de la Sala 3ª Sección 6ª, de 6 de abril de 2004. Se trata de una sentencia del orden contencioso-administrativo, pero no por ello menos importante, en este caso estamos en el ámbito de la sanidad pública, como causa de funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. El pleito versa sobre un niño recién nacido al que le provocaron una ceguera consecuencia de una asistencia médica defectuosa. El niño sufre un desprendimiento total de retina en ambos ojos causada por una fibroplasia retrolental que por el uso inadecuado de tratamiento con oxígeno al neonato sin el correspondiente control por parte de un pediatra neonatólogo, del tratamiento con oxígeno a este niño. La Sentencia toma de referencia a la Historia Clínica para fundamentar su decisión declara lo siguiente al respecto de la historia clínica para fundamentar la ausencia de ese control¹⁰⁶.

En esta sentencia se aprecia un nexo causal entre las secuelas de sordera y mudez derivadas del nacimiento prematuro, pero no la ceguera, imputable al comportamiento del médico, gracias a las pruebas y la luz que arroja la historia clínica. Podemos concluir señalando, que

¹⁰⁴ Artículo 4.7 a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

¹⁰⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 313/2002 de 11 abril. RJ 2002\3288. Fundamento Jurídico Segundo.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 6 abril 2004. RJ 2004\2717. Fundamento Jurídico Cuarto.

la finalidad de la historia clínica, además de facilitar la asistencia sanitaria, como instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente¹⁰⁷, pueden incluirse los siguientes fines o usos de la misma, entre lo que cabe destacar los siguientes: judicial, epidemiológico, de salud pública, de investigación, de docencia y de inspección, organización, planificación, evaluación, acreditación y funcionamiento del sistema sanitario¹⁰⁸.

4.2.3 LA PRUEBA DEL DAÑO

4.2.3.1 Facilidad probatoria

La teoría de la facilidad probatoria es un concepto incorporado por nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil en el artículo 217.7 al abordar la cuestión de la carga de la prueba establece lo siguiente “*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio.*”. Esto deja sentado una cuestión que a juicio de Galán Cortes le resulta lógico y equitativo, no siendo otra cosa que quien disponga de la prueba la aporte, en tal forma que si el médico tiene en su poder las fuentes de prueba y se encuentra en mejor disposición de acreditar unos hechos, la carga de la prueba pese sobre él¹⁰⁹. Una aplicación rígida de los clásicos principios de culpa, causalidad y carga de la prueba, puede frustrar la finalidad reparadora de la responsabilidad civil, si se trata de actividades técnicas y profesionales¹¹⁰. La existencia de una desigualdad entre víctima y profesional (o la institución donde se ejerce la actividad profesional) es patente, en relación con las posibilidades de acceso al conocimiento que una y otros tienen acerca del desarrollo de los hechos y de la valoración técnica o científica de los mismos¹¹¹. A juicio de Llamas Pombo, esto contravendría el principio “*pro damnato*” o “*favor victimae*”, como principio

¹⁰⁷ Artículos 15.2 y 16.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

¹⁰⁸ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 198.

¹⁰⁹ ¹⁰⁹ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 243.

¹¹⁰ Llamas Pombo, E. “*Doctrina general de la culpa médica*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 32.

¹¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 diciembre 1987. RJ 1987\9511. En el Fundamento de Derecho Número 5, la Sala detalla que cuando la causa o causas que producen del daño se encuentran en un complejo establecimiento asistencial, o en varios, existiendo una importante interrelación de actividades, es difícil acreditar cual fue la posible acción u omisión culposa que produjo el daño, e incluso a quién se debió la misma.

general de nuestro Derecho Civil, siendo la máxima de que “todo aquel que sufre un daño antijurídico tiene derecho a ser indemnizado”¹¹², y fruto de este planteamiento es, precisamente, el principio según el cual todos los perjuicios y riesgos que la vida social ocasiona deben dar lugar a resarcimiento, salvo que una razón excepcional obligue a dejar al dañado solo frente al daño¹¹³. La demostración de la culpa y la causalidad con arreglo a los esquemas tradicionales puede llegar a convertirse en una obstaculización para la práctica de la prueba, lo que se denomina “*probatio diabólica*”, por lo que en los casos en los que se obstaculiza la práctica de la prueba por las partes, ya sean actoras o demandadas, cabe atenuar el rigor del principio que hace recaer la prueba de los hechos constitutivos de la demanda sobre el actor, desplazándola hacia la parte (incluso si es la demandada) que se halle en mejor posición probatoria, por su libertad de acceso a los medios de prueba¹¹⁴.

La regla general es que la carga de la prueba le correspondería al actor perjudicado, pero no se debe entender esto de un modo demasiado amplio y rígido, exigiéndole que pruebe a toda costa, la existencia de unos hechos, siendo esto decisivo para que prospere su pretensión, dejándole ante un escenario de una probable ausencia, insuficiencia o incertidumbre en la prueba. Teniendo presente la anormalidad de algunos casos y la dificultad de probar ciertos hechos por parte del paciente, se articula este mecanismo, deduciéndose la culpa y el nexo causal de lo que constituye el curso normal de los acontecimientos, en la situación particular que se esté enjuiciando. Por lo que será el facultativo, el centro médico o incluso la propia Administración de la Sanidad Pública quien soporte las consecuencias negativas de esa falta o insuficiencia de prueba¹¹⁵.

Procedemos a analizar más detenidamente, la jurisprudencia que ha arrojado luz sobre esta herramienta jurídica, o mejor dicho, la ha creado. Esta vez antes de entrar en materia con el Tribunal Supremo debemos comenzar con el Tribunal Constitucional, que en lo relativo a la

¹¹² Llamas Pombo, E. “*Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*” en Moreno Martínez, J.A (Coordinador) “*Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2000. Página 301.

¹¹³ Lubomira Kuvica, M. “*El riesgo y la responsabilidad objetiva*” Martín Casals, M. (director) Fecha de Defensa 02-09-2015. Deposito Legal Gi.2076-2015. Universitat de Girona, Departament de Dret Privat. Tesis disponible en <http://hdl.handle.net/10803/328430>

¹¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1022/1996 de 2 diciembre. RJ 1996\8938. Fundamento de Derecho Tercero.

¹¹⁵ Pérez Vallejo, A.M. “*Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Página 567.

posibilidad de acceso a la prueba si existe su disponibilidad por alguna de las partes inicia esta doctrina en la STC 227/1991, de 28 de noviembre, señalando que la evidencia como presupuesto ineludible debe obtenerse evitando situaciones de supremacía o de privilegio de alguna de las partes, para garantizar así la igualdad efectiva de posibilidades y cargas del actor y del demandado en la alegación y prueba de los hechos controvertidos¹¹⁶.

Por otro lado, la posición del Tribunal Supremo sobre la disponibilidad de la prueba por alguna de las partes, su facilidad probatoria, inicia en 1986, siendo matizada con los años, en sucesivas sentencias, declarándose que la vigencia de la regla general de la prueba, no es absoluta, matizando esta doctrina, incumbiendo al actor la prueba de los hechos que constituyen su pretensión y al demandado, en general la de los impeditivos o extintivos que alegue, no pudiendo admitirse como norma absoluta que los hechos negativos no pueden ser probados, porque pueden serlo por los hechos positivos contrarios. Entonces, si los demandados no se limitan a negar los hechos constitutivos de la acción o pretensión ejercitada, sino que alegan otros impeditivos u obstativos al efectivo jurídico reclamado por el actor tendrán que probarlos¹¹⁷. Sobre a quien le compete la carga de la prueba señala que no debe interpretarse de forma rígida, sino que debe adaptarse a cada caso, según la naturaleza de los hechos afirmados o negados, y la disponibilidad o facilidad para probar que tenga cada parte¹¹⁸.

Pasemos ahora a analizar, en el terreno que nos ocupa, Sentencias que manejan este principio en el ámbito de la responsabilidad médica, comenzando en primer lugar con una sentencia pionera de 1996, dirimiendo la responsabilidad de un médico demandado por el marido de una paciente que sufrió una hemorragia postparto, que le causó una anoxia cerebral, derivando en una encefalopatía con graves secuelas. La falta de Historia Clínica fue lo que propicia la consideración de falta de rigurosidad profesional¹¹⁹.

En 2001, el Tribunal Supremo sigue evolucionando en su doctrina, si nos vamos a 2001 es interesante analizar un caos en el que se decide sobre una reclamación que interpone la mujer

¹¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) núm. 227/1991 de 28 noviembre. RTC 1991\227Fundamento Jurídico Quinto.

¹¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1989; Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1991.

¹¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1988; Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1988; Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 1989; Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1989.

¹¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1022/1996 de 2 diciembre. RJ 1996\8938 Fundamento Jurídico Primero.

de un paciente fallecido de un infarto de miocardio, habiendo acudido dos veces (en un intervalo de tiempo muy corto: tres horas) a urgencias, presentando un fuerte dolor precordial. Le enviaron a su domicilio tras practicarle dos electrocardiogramas, cosa que se pone en duda porque aunque aparecen en la Historia Clínica no se aportan al proceso por el Servicio Andaluz de Salud, por lo que la Sala acaba estimando la reclamación¹²⁰.

Podemos concluir, que en la práctica, la carga de la prueba le corresponde al demandante, siendo el quien reclama, quien pide justicia y quien por tanto debe probar los hechos sobre los que descansa su pretensión: 1) *culpa del sanitario*; 2) *el daño causado* y 3) *la relación de causalidad entre el obrar culpable y el daño*. En nuestro terreno, el de la responsabilidad civil médica (solo en la civil, porque en el ámbito penal rige en todo momento el principio de presunción de inocencia) cabe admitir supuestos en los que el propio profesional es quien debe acreditar haber obrado diligentemente, la inexistencia de culpa que se le imputa. García Blázquez y Molinos Cobo los enumeran de un modo muy claro¹²¹:

a) Cuando el profesional no tenga únicamente una obligación de medios, sino también la de conseguir un resultado: Los casos en los que el profesional se comprometió con el paciente a un resultado concreto, por lo que de no alcanzarse este, debe ser el propio profesional quien demuestre que ello no ocurrió por su culpa. Esto ocurre en estos ámbitos:

— La cirugía estética: No siendo considerada una actividad estrictamente curativa, el profesional debe dar unas ciertas garantías de que se conseguirá el resultado, debiendo comunicarle al paciente en el caso de que no esté seguro, para que de este modo el propio paciente sea quien corra consciente y voluntariamente, con los riesgos e la intervención. Esos riesgos han de ir por escrito (es el consentimiento informado), y se trataría de una cláusula de exoneración de la responsabilidad, la cual exige una información exhaustiva en los términos señalados al tratarse del deber de información. Si falta esa información no exime de responsabilidad.

¹²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 78/2001 de 6 febrero. RJ 2001\2233Fundamento Jurídico Décimo.

¹²¹ García Blázquez, M.; Molinos Cobo, J.J. “Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica”. (Aspectos jurídicos y médico-forenses). Editorial Comares. 2ª Edición. Granada, 1997. Página 489 y 490.

- Los análisis clínicos: En estos casos hay una obligación de resultado para el analista, han de ser correctos.
 - La odontología: Respecto a la colocación de prótesis (una célula de descarga por ejemplo, debe adaptarse al tamaño de la dentadura del paciente, es una obra).
 - Aquellos casos en los que expresamente se haya pactado por facultativo y paciente la obligación de resultados de este.
- b) En los supuestos en los que la obligación sea estrictamente de medios: El médico debe aportar los medios precisos y los cuidados requeridos por el paciente según el estado actual de la ciencia y no pueden establecerse criterios apriorísticos. El demandante en estos casos puede aportar un principio de prueba que invierta la carga de la misma y la traslade al profesional, ocurriendo así si la parte demandante acredita alguna anomalía en el tratamiento o la intervención o anormalidad que puede consistir en el propio daño (si un paciente operado de apendicitis se levanta tras la convalecencia con una cojera que antes no padecía, o alguien intervenido de una fractura de cadera izquierda se despierta con una fractura de tibia derecha tras la intervención, es obvio que alguna negligencia ha habido, en fase operatoria o postoperatoria).

A continuación analizaremos por partes las diferentes doctrinas que surgen del principio de facilidad probatoria. Doctrinas que flexibilizan y corrigen el rigor probatorio.

4.2.3.2 El daño desproporcionado

El daño desproporcionado tiene lugar, por suerte, en supuestos excepcionales y debe modularse la valoración del elemento subjetivo y así garantizar correctamente un resarcimiento efectivo. Tiene lugar cuando el daño del paciente es “*desproporcionado o enorme o existe falta de diligencia u obstrucción o falta de cooperación del médico*”¹²². En estos casos, el resultado que produce el daño es calificado por la jurisprudencia como “*clamoroso*”, “*inexplicado o inexplicable*”¹²³, entre la intervención médica y el daño final producido, por lo que el facultativo responde en base a esta doctrina del daño desproporcionado, del cual se desprende la culpabilidad. El daño desproporcionado no

¹²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 574/2007 de 30 mayo. RJ 2007\4973.

¹²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 758/2005 de 21 octubre. RJ 2005\8547. Fundamento de Derecho Tercero.

consiste en la concurrencia de un daño muy grave, significativo o catastrófico, sino que requiere que se produzca un resultado anormal, conforme a lo que es usual¹²⁴.

Nos arroja mucha luz en este asunto, la jurista Pérez Vallejo en la que me apoyaré para explicar las presunciones tenidas en cuenta en estos supuestos, la teoría del daño desproporcionado bebe de la regla “*res ipsa loquitur*” (la cosa habla por sí misma), estudiada por la doctrina angloamericana, también de la regla “*Anscheinsbeweis*” (apariencia de la prueba), fruto de la doctrina alemana, a la prueba de presunciones de la jurisprudencia italiana y a la regla de la “*faute virtuelle*” de la doctrina francesa (la culpa virtual), según la cual se constituye una presunción desfavorable, en virtud de la cual se permite deducir, de un hecho probado y evidente, la existencia de culpa del demandado, para facilitar la posición probatoria del demandante (paciente); y será aquel (el facultativo) quien deberá desvirtuar esa presunción de culpabilidad para obtener un pronunciamiento absolutorio frente a la pretensión de la parte actora¹²⁵.

4.2.3.2.1 *La presunción desfavorable*

En la Sentencia de 26 de junio de 2006, a la vez que cita otra jurisprudencia relacionada, el tribunal resuelve sobre un caso en el que un paciente fue intervenido de una lesión en la rodilla y le quedaron lesiones graves. Se invoca la doctrina de daño desproporcionado e incumplimiento del deber de información¹²⁶.

Al médico se le condena a indemnizar a la víctima de las lesiones por los daños y perjuicios sufridos, y la cuantificación se lleva a cabo en la sentencia, teniendo en cuenta la edad y circunstancias personales del demandante, así como la entidad de las lesiones físicas y psicológicas, que provocaron la jubilación como policía por una incapacidad permanente.

4.2.3.2.2 *La presunción de culpa por la anormalidad de lo ocurrido*

De esta cuestión habla la STS de 19 de julio de 2007, que trata sobre un caso que más adelante analizaré con detenimiento, siendo un caso de “*wrongful birth*”. Versa sobre el nacimiento de una niña con Síndrome de Down, cuya madre tenía 41 años y antecedentes familiares con

¹²⁴ Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; Bercovitz Rodríguez Cano, R. “*Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Granada, 2006. Página 119.

¹²⁵ Pérez Vallejo, A.M. “*Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Página 568.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 652/2006 de 26 junio. RJ 2006\5554. Fundamento de Derecho Cuarto.

ese síndrome. Se le solicita al doctor las pruebas necesarias para detectar esa anomalía. La idea es que si saliese un resultado positivo la afectada habría optado por interrumpir ese embarazo. Pues bien, el facultativo y la paciente acordaron la realización de amniocentesis llevada a cabo por el ginecólogo, enviando el líquido extraído al genetista (el encargado de analizar y estudiar la muestra), arrojando unos resultados totalmente normales¹²⁷.

Si observamos el patrón que repite la argumentación del Tribunal sobre la teoría del daño desproporcionado, es que la culpa no proviene del resultado desproporcionado finalmente producido, sino de la “*anormalidad o excepcionalidad*” con lo que es usual, respecto a intervenciones similares, según las reglas de la experiencia y circunstancias en las que se desarrolló el supuesto concreto.

El daño desproporcionado no se debe asociar a aquel daño indeseado o insatisfactorio, porque podríamos considerarlo incluido dentro de los riesgos típicos de la intervención, llegando a identificar *riesgo típico* con *resultado desproporcionado* y en cambio, esta teoría solo se aplica en los que casos en los que el riesgo producido es atípico¹²⁸. La excepción sería un riesgo es calificado como típico y puede probarse que el daño es debido a una actuación descuidada o con aplicación de técnicas inapropiadas, responsabilizándose inclusive del riesgo típico, al profesional médico. A modo de ejemplo es interesante traer a colación la STS de 31 de enero de 2003, en ella se decide sobre el resultado de una intervención quirúrgica que fue realizada a un paciente que adolecía de hemorroides sangrantes, provocándole una fisura anal e incontinencia anal parcial. Se condena al médico a indemnizar por una suma de 120.000 euros al paciente. Esta sentencia advierte si se le imputa el daño al cirujano demandado como resultado desproporcionado equivaldría identificar riesgo típico con resultado desproporcionado¹²⁹.

¹²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 836/2007 de 19 julio. RJ 2007\4692 Fundamento de Derecho Segundo. ““*En documento de 21 de diciembre de 1992, don Juan María informó que, a partir del cultivo doble de amniocitos, se analizaron 20 metafases; que el número cromosómico encontrado ha sido de 46 cromosomas; que en la confección de los cariotipos analizados no se apreció ninguna anomalía morfológica de los cromosomas y que, en cuanto a la concreción cromosómica del sexo, se ha podido apreciar una determinación de XY, y se trataba, por lo tanto, de embrión varón de constitución cromosómica normal para las metafases observadas, con formula cromosómica 2n=46, XY*”

¹²⁸ Sarrato Martínez, L. “*La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico sanitaria*”. Diario La Ley número 6968. Sección Tribuna. 16 de junio de 2008. Año XXIX. Ref. D-189. (La Ley 13127/2008).

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 63/2003 de 31 enero. RJ 2003\646Voto particular formulado por Marín Castán. Fundamento de Derecho Tercero.

En estos casos no se cumple al cien por cien la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, concretamente son casos en los que, dada la anormalidad del resultado, se aplica un correctivo para flexibilizar el rigor probatorio. Se exonera al cliente o paciente de la carga de probar el nexo causal y la culpa en los hechos, en los que la evidencia palpable de un daño desproporcionado es demostrada por sí misma y se traslada al médico o centro demandado la prueba de su propia diligencia o por lo menos, le exige una explicación o justificación de lo sucedido, cuya ausencia u omisión puede significar la imputación de la responsabilidad. La existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida¹³⁰.

¿Cómo se puede explicar que un paciente que va a operarse de un arreglo estético menor acabe en coma profundo? Por citar un ejemplo, de un caso real en el que días después de entrar en coma por la intervención, el paciente fallece. Hablamos del año 2007, y en este caso el Tribunal, al encontrarse ante una operación sencilla con resultado catastrófico acude a la doctrina del “*daño desproporcionado*”¹³¹.

Por lo tanto, en conclusión, quien soporta la reclamación puede acreditar la prestación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la *lex artis ad hoc*, aportando una explicación sobre la razón, por la que pese a ello se produjo un daño desproporcionado que podría haber sido evitado. Por tanto, el profesional no va a responder de ningún daño, por desproporcionado o inexplicado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia, quedando descartada la atribución de cualquier consecuencia negativa, por grave que sea, si esta cae fuera de su campo de actuación¹³².

¹³⁰ Bello Janeiro, D. “*Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*”. Colección Derecho de Daños. Editorial Reus, S.A. 1ª edición. Madrid, 2009.

¹³¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 546/2007 de 23 mayo. RJ 2007\3273. Fundamento de Derecho Tercero.

¹³² Pérez Vallejo, A.M. “*Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Página 571.

4.2.3.3 La pérdida de oportunidad

La pérdida de oportunidad consiste esencialmente en la desaparición de la probabilidad de un hecho favorable. Esta desaparición comporta para quien la sufre, un daño reparable. La doctrina de la pérdida de oportunidad da relevancia a esta pérdida y reconoce la responsabilidad de aquel que, con su conducta privó a otro de sus legítimas expectativas de obtener una ganancia o evitar un perjuicio¹³³.

Estos supuestos son aquellos en los que la conducta, con un grado mayor o menor de omisión se considera negligente, siendo algo obvio si asumimos que la responsabilidad requiere culpa, no siendo una responsabilidad objetiva.. Conviene señalar el apunte que hace Asúa González en supuestos de pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Sanitarias si no hay funcionamiento anormal, se descarta la responsabilidad. La problemática no se va a dar en un caso de *funcionamiento normal con incertidumbre causal* (por ejemplo, un error de diagnóstico no culpable), ya que la responsabilidad queda descartada por la ausencia de negligencia o funcionamiento anormal¹³⁴.

La duda que nos va a rondar constantemente va relacionada con una suerte de incertidumbre en la causalidad entre el comportamiento del médico y la lesión producida a la víctima. Para despejarnos tales dudas tenemos la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por la que comenzaremos a arrojar luz sobre el concepto de pérdida de oportunidad.

La sentencia pionera que estima los recursos de los demandantes exigiendo indemnización por pérdida de oportunidad es la STS de 10 de octubre de 1998. En este pleito se debatía sobre la culpa extracontractual de una enfermera por pérdida de oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de mano, no sabiéndose si al final hubiera dado un resultado favorable. La “*pérdida de expectativas*” es la calificación de los hechos en este caso, porque aun siguiendo el más estricto y correcto protocolo no es seguro el éxito de la operación¹³⁵.

¹³³ Martínez Rodríguez, N. “*La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 456

¹³⁴ Asúa González, C.I. “*Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2008. Página 55.

¹³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 octubre 1998. RJ 1998\8371.

En 1999, nos encontramos ante un supuesto en el que la posición del Tribunal no encontraba responsabilidad en la conducta del facultativo, pero en cambio sí reconoce indemnización por la pérdida de la posibilidad de supervivencia del paciente. Me refiero a la STS de 25 de septiembre de 1999 y se analiza el fallecimiento de un paciente que es causa a juicio de los peritos por una excesiva demora de su ingreso en la UCI. El quid en este caso es que el paciente ya tenía unas posibilidades de supervivencia muy mínimas como punto de partida siendo muy complicado encontrar el nexo de causalidad entre el fallecimiento del paciente y la actuación profesional¹³⁶.

Sentencias interesantes que se han pronunciado posteriormente sobre el concepto de “*perdida de oportunidad*” datan a partir del año 2007 en la sala de lo civil, en la STS de 6 de febrero de 2007. En ella se razona acerca de la procedencia de un recurso planteado por un paciente que fue sometido a una cirugía de amputación de una pierna por debajo de la rodilla debido a una complicación vascular que no fue detectada a tiempo. Se le diagnostica sin haberle practicado una arteriografía y diferentes exploraciones que habrían conseguido detectárselo y evitar una medida tan drástica que le ha hecho perder nada menos que una extremidad. Se declara que el resultado que provoca la actuación del médico fue lesivo para el paciente e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, no habiendo un comportamiento profesional diligente, conforme a los datos actuales de la ciencia¹³⁷.

La sentencia resuelve muchas dudas sobre este criterio de imputación pero, el recurso planteado en casación hace que quede inocuo. El Tribunal Supremo afirma que la cuestión litigiosa se centra principalmente en casación en la determinación de si ha existido o no culpa, pero no se hace eco de la perspectiva de la pérdida de oportunidad en instancia, se limita a decir sobre el nexo causal entre el comportamiento del médico y el daño sufrido, que es suficiente con una *certidumbre manifiesta* de que el conjunto de las circunstancias ha *repercutido* en el daño sufrido.

Teniendo en cuenta la argumentación que arrojan las diferentes sentencias aportadas en este trabajo, haremos una síntesis de todas ellas y delimitaremos los supuestos de aplicación de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad médica. Debemos tener en cuenta en todo momento que se indemniza, no por el resultado final del daño, sino por la pérdida de posibilidades o expectativas que hubiera tenido el paciente si la actuación médica hubiese

¹³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 787/1999 de 25 septiembre. RJ 1999\7275.

¹³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 febrero 2007. RJ 2007\922. Fundamento de Derecho Segundo.

sido correcta¹³⁸. Por lo tanto, no procede aplicar esta doctrina en 2 supuestos: 1) cuando queda probada la certeza de la casualidad, siendo la conducta negligente del médico la causa cierta y directa del daño producido al paciente, siendo indemnizable en su totalidad; 2) cuando no hay una probabilidad causal entre el acto médico y el daño, no siendo probable que el comportamiento debido del médico consiguiese evitar los daños. En este caso no cabe ninguna indemnización. Enumeremos los supuestos de aplicación de esta doctrina ciñéndonos al estudio que realiza muy acertadamente Martínez Rodríguez concretándolos en: 1) *errores o retrasos de diagnóstico*; 2) *errores o retrasos de tratamiento*; 3) *ausencia o error de diagnósticos prenatales* y 4) *infracción de los deberes de información*¹³⁹.

4.2.3.3.1 *Error o retraso en el diagnóstico*

Generalmente un paciente enfermo de gravedad, la propia evolución de la enfermedad es la desencadenante del desenlace final ya que no debemos dejar de lado que las enfermedades pueden agravar el estado de salud o producir el fallecimiento del paciente. No obstante, una tardanza en el diagnóstico o un error en el mismo puede haber influido en su desarrollo y desenlace. La jurista nos plantea 3 posibilidades:

- Alta probabilidad de que el error o retraso agravase la salud del paciente, impedido su restablecimiento u ocasionado su muerte: En estos casos se tiene por cierta la causalidad. Esa falta de diligencia médica sería la causa del resultado lesivo, debiendo ser indemnizado. Esa alta probabilidad debe superar el “umbral de certeza”.
- Inexistencia de nexo causal cierto entre el retraso/error en el diagnóstico y el daño: En este caso no hay responsabilidad por el daño efectivamente sufrido. El resultado final deriva de la propia patología del enfermo, y habría tenido lugar independientemente de cómo hubiere actuado el médico.
- Probabilidad de que un comportamiento más diligente del profesional evitase el resultado lesivo: Este es un supuesto muy interesante, pudiendo ocurrir que entre ese retraso o error de diagnóstico no se pueda probar el nexo causal que original la

¹³⁸ Pérez Vallejo, A.M. “*Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio*” en *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*. ISSN 1696-0394, N.º. 110-111, noviembre-diciembre, 2012. Página 18.

¹³⁹ Martínez Rodríguez, N. “*La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 456

responsabilidad, pero sí que otra actitud podría haber evitado el resultado. Hay una probabilidad causal que debe ser tenida en cuenta. Ha de ser una probabilidad seria y significativa de que el evento dañoso no habría tenido lugar si se hubiera diagnosticado correctamente en tiempo y forma.

En este supuesto, el error habría hecho perder al paciente una hipotética oportunidad de que el resultado final no se hubiera producido. No habría una certeza de que sea así, pero es probable. Partiendo de esa probabilidad podemos llegar a afirmar que la actuación médica privó al paciente de unas determinadas expectativas de curación o supervivencia, que ya genera un daño en sí mismo.

El daño proviene de la oportunidad de curación o supervivencia perdida consecuencia de la actividad médica (daño intermedio) y no por los perjuicios totales sufridos por el paciente (daño final) con los que no se puede establecer un nexo de causalidad debido a los umbrales de certeza existentes en cada caso. Se habría privado al paciente de una oportunidad de alcanzar un mejor resultado, aunque no se sabe a ciencia cierta si dicho resultado se habría alcanzado.

Este supuesto, al que podemos denominar de excepcional, no lo es tanto si lo analizamos teniendo en cuenta los casos en los que tiene lugar, imaginémosnos muchos tipos de cáncer o enfermedades cardiovasculares cuya temprana detección puede ser clave para hablar de un éxito en la superación de la enfermedad. Al no haber tenido lugar una detección precoz de la patología, no sabremos jamás lo que habría sucedido de haberse descubierto antes: podría haberse curado, haber mejorado su salud o incluso haber sido en vano. No sabemos nada con seguridad sobre el resultado final, pero si sabemos que se le ha privado de una oportunidad muy valiosa (por mínima que sea) de evitar el daño final. “La privación de expectativas, - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al

menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”¹⁴⁰.

4.2.3.3.2 *Error o retraso en el tratamiento*

Un tratamiento acertado a tiempo puede llegar a ser decisivo para la superación de una enfermedad, eso es evidente. Guarda mucha relación con los retrasos de diagnóstico, ya que un diagnóstico tardío provoca un tratamiento tardío, al igual que un diagnóstico erróneo puede llevar aparejado un tratamiento también erróneo. El error en el tratamiento o la tardanza en aplicarlo puede generar desenlaces fatales para el paciente. Distingamos dos matizaciones significativas para tener en cuenta el reconocimiento o no de responsabilidad:

- Si puede probarse el nexo causal: Si se puede probar el nexo causal entre el error o retraso en el tratamiento y el desenlace final dañoso para el paciente, no cabe duda, el daño será indemnizado en su totalidad.
- La probabilidad de que un tratamiento adecuado y a tiempo impidiese el daño es mínima o inexistente: No nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad, al no existir relación causal. Cabe la posibilidad de que el error o retraso en el tratamiento, sin ser la causa cierta, puede ser una causa probable del daño.

Estos supuestos guardan mucha similitud con los errores de diagnóstico, no habiendo una certeza de que una correcta actuación médica pudiese conseguir un resultado diferente, pero es probable que sea así. En estos casos, también se le está privando al perjudicado de unas expectativas de éxito, se le priva de la oportunidad lograr un desenlace diferente y más satisfactorio. Esa pérdida de oportunidad se debe indemnizar, independientemente de que podamos afirmar o no de que el tratamiento correcto y en tiempo lograrse evitar el daño final.

4.2.3.3.3 *Ausencia o error de diagnósticos prenatales*

Esta es una vertiente de la doctrina de la pérdida de oportunidad, tan interesante y particular, que tiene su propio apartado dedicado en este trabajo, más adelante. Es un ámbito en el cual aún existe muy poco margen de maniobra, y existen bastantes reticencias, ya que la polémica es evidente.

El supuesto de hecho tiene su origen en una reclamación de responsabilidad por el nacimiento de un hijo aquejado de enfermedades, malformaciones o incapacidades que los padres

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 16 febrero 2011. RJ 2011\1490.

desconocía previamente, ya sea debido a una ausencia de diagnósticos prenatales, o porque estos se realizaron de forma errónea. La premisa más común de la que se parte para fundamentar la pretensión de la parte demandante en estos casos es que de haber tenido una información suficiente y/o correcta de la situación, la madre podría haber interrumpido su embarazo. Una negligencia profesional habría privado a una mujer la oportunidad de interrumpir su embarazo, privándole de un derecho.

La cuestión que se plantea la autora en este contexto es la siguiente: Sin lugar a dudas al privar esta posibilidad de abortar se lesiona el derecho de la madre a elegir (ya que se le obliga a seguir con un embarazo que, de conocer la verdadera situación, quizá no hubiera continuado). La ausencia o la errónea información le ha ocasionado un daño por la pérdida de oportunidad de decidir libremente si seguir con el embarazo o interrumpirlo, pero y bien ¿sería correcto hablar de “*pérdida de oportunidad*” en estos casos? Para ello exponemos el estudio que realiza la jurista Asúa González diferenciando entre 3 supuestos diferentes ante los que nos podemos encontrar en estos supuestos y debemos matizar¹⁴¹:

- Dar por bueno que de haber tenido la información correcta, la madre hubiera abortado: En este caso no habría ámbito para aplicar la doctrina de la pérdida de oportunidad porque no hay incertidumbre respecto a si el daño se hubiera o no producido con una información correcta y adecuada, sabemos con certeza que la madre habría abortado. Por lo tanto, el daño producido sería por haberla privado de la posibilidad de abortar, se le ha negado un derecho.
- De haber tenido la información correcta, habría decidido no hacerlo: No cabe tampoco la aplicación de esta doctrina, porque al saberse que la madre no habría interrumpido el embarazo de haber tenido la información necesaria, esto no le causaría una privación de la oportunidad de elegir. Considero necesario hacer una matización, en este supuesto podría llegar a considerar aplicable la doctrina en ciertos casos, ya que independientemente de la decisión que adopte la mujer, no se le ha brindado la oportunidad. No se le ha brindado la misma, por lo tanto, la negligencia existe igualmente y no debe quedar impune, como señala el Tribunal Supremo existen

¹⁴¹ Asúa González. C.I. “*Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2008. Páginas 110 a 117.

daños morales y psicológicos por no haberse podido preparar para una situación tan inesperada y tan grave como supone el nacimiento de un hijo con malformaciones¹⁴².

- Dudas sobre la decisión que la madre habría adoptado: En este caso si tiene cabida la doctrina de pérdida de oportunidad. Es necesario que exista incertidumbre, y esa falta de certeza la hipotética decisión de la madre es la que abona el terreno para que sea aplicable esta doctrina.

Es importante la reflexión que hace Martín Casals y Solé Feliú, considerando que aquí no es procedente hablar de pérdida de oportunidad, porque para aplicarla es imprescindible que la producción del “*evento favorable*” para la víctima quede fuera del ámbito de su actuación, y la decisión de interrumpir o no el embarazo es exclusivamente de la madre¹⁴³.

Como exponía anteriormente, dada la importancia de esta materia, le dedicaré un apartado en exclusiva posteriormente. Ya que la aplicación de la doctrina a estos supuestos, no tienen ejemplos claros en la jurisprudencia, o al menos no tienen pronunciamientos favorables a las pretensiones de la parte demandante que puedan sentar una doctrina clara.

4.2.3.3.4 *Infracción de los deberes de información*

En las infracciones del deber de información, que ya son un criterio de imputación de responsabilidad por sí mismo, además le es aplicable la doctrina de oportunidad en algunos supuestos. Los casos en los que podemos encontrarnos son actuaciones médicas sin consentimiento informado del paciente y ha originado un resultado lesivo para su salud:

- Supuestos en los que se atribuye la responsabilidad por el daño final: Esto conllevaría una indemnización por todos los perjuicios causados conforme a los criterios generales. Nos referimos a los supuestos en los que se asegura un resultado, hay falta de información y por tanto, probabilidad de que el paciente, de haber conocido las consecuencias resultantes, no se habría sometido al tratamiento o intervención¹⁴⁴.

¹⁴² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 581/2002 de 7 junio. RJ 2002\5216. Fundamento de Derecho Primero.

¹⁴³ Martín Casals, M; Solé Feliú, J. “*Comentario a la Sentencia de 7 de junio de 2002: Responsabilidad de profesionales sanitarios. Responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. Inexistencia de una relación de causalidad entre la falta de información del médico y la decisión de no abortar de la paciente. Wrongful birth.*” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, ISSN 0212-6206, N.º 60, 2002. Páginas. 1097-1122. Página 1114.

¹⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 101/2011 de 4 marzo. RJ 2011\2633. Fundamento de Derecho Tercero.

— Supuestos en los que se considera como daño específico la autonomía del paciente: Esto supone un daño moral grave, diferente al daño corporal. Como daño moral que es, se indemniza.

— Supuestos en los que se atribuye responsabilidad por pérdida de oportunidad: En el ámbito de estudio de este trabajo, es la tipología de supuestos que nos atañen. Serían aquellos casos en los que la omisión de información le ha privado al paciente de la oportunidad de evitar el resultado lesivo final, no consintiendo esa intervención o tratamiento de haberlo sabido, o valorando al menos otras opciones de curación. Esta tipología de casos ya es abordados y resueltos por los Tribunales.

En estos casos, el daño que se indemniza no es el daño final, sino aquel derivado de esa oportunidad perdida consecuencia de esa falta de información. “Por la pérdida de oportunidades o expectativas, en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, las posibilidades de fracaso)”¹⁴⁵.

Hay que tener en cuenta, que es posible fijar una indemnización inferior a la debida por el daño final, si se aplica la doctrina de la pérdida de oportunidad en los casos que la falta de diligencia medica es por una omisión del deber de información. Como ejemplo, en el año 2012, en un pleito a raíz de una reclamación por falta de información de los riesgos de una intervención quirúrgica de disectomía cervical. La Audiencia había dictado sentencia obligando a indemnizar todo el daño final (lo interpreta como una mala praxis clínica)¹⁴⁶. El Tribunal Supremo resuelve el recurso reduciendo la cantidad indemnizatoria en un 50% porque se omitió información sobre un riesgo muy bajo, por lo que la causalidad se establece por esta omisión y no por la actuación negligente y el daño a la salud¹⁴⁷.

¹⁴⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 101/2011 de 4 marzo. RJ 2011\2633. Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁴⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) núm. 465/2008 de 23 septiembre. JUR 2009\242242.

¹⁴⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 948/2011 de 16 enero. RJ 2012\1784. Fundamento de Derecho Tercero.

4.2.3.4 Instrumentos probatorios al alcance de la víctima del daño

Nuestra jurisprudencia no se ha mantenido al margen a la hora de facilitar el acceso a la defensa de los intereses de las víctimas y si les ha facilitado la prueba de la culpa médica, con instrumentos que beben de posiciones doctrinales¹⁴⁸ y algunas incluso del Derecho Comparado, expuestas todas ellas en el trabajo de Llamas Pombo¹⁴⁹ y las expongo a continuación:

- El principio “*res ipsa loquitur*” (the things speaks for itselfes): Es un principio importado del Derecho comparado anglosajón y significa que “*la cosa habla por sí misma*”. Es una presunción en la que es evidente la existencia de culpa, además de la causalidad: amputaciones de extremidades equivocadas, operar a alguien de fimosis en lugar de amigdalitis, olvidarse una gasa dentro del cuerpo del paciente tras haber suturado, que se le caiga un diente al odontólogo dentro de la tráquea del paciente, que un cirujano en lugar de cortar el apéndice corta un trozo del intestino, o un ginecólogo que deje materia ovular en el curso de un raspado. El Tribunal Supremo lo aplica, a modo de ejemplo, en 1988 (paciente que acude para ser operado de apendicitis y termina con una parálisis de pierna y pérdida de audición y emisión de sonidos)¹⁵⁰. También conviene recordar que la doctrina sobre el daño desproporcionado 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 víctima¹⁵¹.

¹⁴⁸ Cabanillas Sánchez, A. “*La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de lex artix y la carga de la prueba: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990*”. Anuario de Derecho Civil (1991). Fascículo 2. Referencia del anuario: ANU-C-1991-20090700919. Páginas 907 a 919.

De Ángel Yáguez, R. “*Responsabilidad civil por actos médicos: Problemas de prueba*”. Editorial Civitas. Madrid, 1999. Páginas 69 a 71.

¹⁴⁹ Llamas Pombo, E. “*Doctrina general de la culpa médica*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Páginas 33 a 39.

¹⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 julio 1988. RJ 1988\5991

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1146/1998 de 9 diciembre. RJ 1998\9427Fundamento de Derecho Segundo.

- La clásica prueba de presunciones que contemplaba el ya derogado Artículo 1253 del Código Civil¹⁵² “de un hecho cierto y probado, se deduce otro, con el que existe un enlace preciso y directo”: Lo defendía De Ángel Yágüez exponiendo que “el hecho de que la culpa del médico no se presume no significa que no pueda acreditarse por medio de la prueba de presunciones, es decir, mediante la inferencia lógica por cuya virtud es posible que a partir de un hecho demostrado se deduzca otro (el que hay que probar), siempre que entre el primero y segundo exista un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”¹⁵³. Esto se abrió paso en la jurisprudencia a raíz de la STS de 12 de febrero de 1990¹⁵⁴, aun estando derogado el mencionado artículo sí que sirvió para el inicio de la corriente jurisprudencial que aplica la técnica de las presunciones.
- La prueba “prima facie” o también llamada “Anscheinsbeweis” (deducción de la causalidad y la culpa de máximas de experiencia): Consiste en deducir la causalidad y la culpa máxima de experiencia. Es el *res ipsa loquitur* pero en versión italiana/alemana. La conclusión o convencimiento en estos no se obtiene de un hecho probado de forma absoluta, sino de un a máxima de experiencia.
- La llamada “faute virtuelle” (deducción de la negligencia a raíz de la anormalidad del resultado): Esto ya ha sido aplicado en numerosas sentencias del Tribunal Supremo, como en el año 1992, en la que se condenaba al INSALUD tras producirse el fallecimiento de un paciente en una operación quirúrgica efectuada en un Hospital dependiente de una Comunidad Autónoma. La condena fue por un conjunto de *posibles deficiencias*, no sabiéndose a ciencia cierta la causa del daño (pudo haber sido por una enfermedad cardíaca previa, una embolia gaseosa o la disminución de suministro de oxígeno en el transcurso de la intervención). Esas negligencias al no poder ser individualizables, médica o instrumentalmente, son consideradas de ese

¹⁵² Artículo 1253 del Código Civil derogado por la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. “*Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.*”

¹⁵³ De Ángel Yágüez, R. “*Responsabilidad civil por actos médicos: Problemas de prueba*”. Editorial Civitas. Madrid, 1999. Páginas 98 y 99.

¹⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 febrero 1990. RJ 1990\677. Fundamento de Derecho Tercero.

modo: deficiencias del sistema, por lo que la responsabilidad es solidaria, del INSALUD y de la Comunidad Autónoma¹⁵⁵.

Con el paso del tiempo esta doctrina fue ganando peso entre la jurisprudencia, presumiéndose que existe culpa allí donde tenga lugar un resultado de daños desproporcionados en comparación con lo que es habitual¹⁵⁶.

4.2.4 APLICACIÓN DE NORMATIVA DE CONSUMO

La jurisprudencia comenzó a aplicar esta doctrina en el año 1997. Se aplicaba lo dispuesto en el artículo 28 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (LCU)¹⁵⁷, posteriormente sería el párrafo segundo del artículo 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias¹⁵⁸. La Sala Primera inicialmente era contraria a aplicar esta normativa, de carácter objetivo a los supuestos de responsabilidad civil sanitaria, porque por muy literal que sea el texto de la Ley de Consumidores, chocaba con su jurisprudencia que señala la obligación del médico como de medios, basada en la culpa. Para ello, el Tribunal Supremo comenzó a distinguir entre la responsabilidad del médico como profesional que realiza una actividad científica y la responsabilidad del centro sanitario donde ejerce su profesión¹⁵⁹. La legislación de consumidores se aplica únicamente para fundamentar la condena del centro sanitario correspondiente, en supuestos de responsabilidad sanitaria.

Posteriormente, tras la sentencia de 1997 se han ido emitiendo resoluciones que dejan patente un criterio asentado, uniforme y estable, considerando al paciente como un verdadero

¹⁵⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 noviembre 1992. RJ 1992\9199.

¹⁵⁶ A modo de ejemplo podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 108/1997 de 18 febrero. RJ 1997\1240; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 diciembre 1997. RJ 1997\8816 y Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 1168/1998 de 12 diciembre. RJ 1998\9431.

¹⁵⁷ Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

¹⁵⁸ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. (Artículo 148. Régimen especial de responsabilidad). “*Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros*”.

¹⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 604/1997 de 1 julio. RJ 1997\5471. Fundamento de Derecho Cuarto.

usuario, que ha utilizado unos servicios, incluido entre los sanitarios (los contenidos en el artículo 148 de la Ley de Consumidores) y se encuentra legitimado para exigir de la correspondiente organización o institución sanitaria una indemnización basada inicialmente en criterios de responsabilidad objetiva, tan solo descartable si concurren circunstancias calificables como caso fortuito o fuerza mayor¹⁶⁰.

Es práctica habitual que los órganos judiciales apliquen esta teoría tras haber fundamentado la condena de los demandados en aplicación de los preceptos sustantivos del Código Civil, donde el criterio de imputación de la responsabilidad es la culpa¹⁶¹, acompañada de matices más o menos objetivos¹⁶².

4.2.4.1 La doctrina del daño desproporcionado como fundamento de aplicación del Artículo 148 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores

La doctrina del daño desproporcionado y la normativa de consumo llevan una doble vertiente, sirviendo de fundamentación para diferentes sentencias. Esta doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha pasado por diferentes etapas, al igual que las diferentes concepciones de la obligación del médico.

Con la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, nos encontramos interesantes sentencias que datan de 1999, fundamentando el Tribunal la condena de la entidad codemandada (INSALUD) mientras absolvía a los profesionales sanitarios demandados, apoyándose en una argumentación jurídica diferente: distinción entre obligaciones de medios y de resultado.

En la primera sentencia a comentar, el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia Provincial, que confirmaba la desestimación de la demanda y condena únicamente al INSALUD, por el fallecimiento de una paciente sometida a una cirugía de extirpación de la vesícula biliar. Los dos médicos codemandados y el Director del Hospital donde fue intervenida son absueltos, abriendo camino al contraste entre el fundamento de la condena del Centro Sanitario y la absolución de las personas físicas demandadas¹⁶³.

¹⁶⁰ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 378.

¹⁶¹ Artículos 1101, 1902 y 1903 del Código Civil.

¹⁶² Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; Bercovitz Rodríguez Cano, R. “*Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Granada, 2006. Página 119.

¹⁶³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 593/1999 de 29 junio. RJ 1999\4895 Fundamento de Derecho Segundo.

Con el transcurso de los años el Alto Tribunal ha ido variando y moldeando su posición en el entendimiento de este problema ampliando la aplicación de la normativa de consumo, no solo a los centros sanitarios, sino a los profesionales sanitarios individualizados de que resultan demandados. Díaz-Regañón García-Alcalá identifica como pionero de esta corriente al Magistrado O ‘Callaghan Muñoz, quien utiliza una triple fundamentación para condenar a los sujetos demandados independientemente del carácter (profesional, individualizado o entidad) que posean: 1) *la aplicación del art. 148 de la Ley de Consumidores*; 2) *la doctrina del daño desproporcionado* y, 3) *la aplicación de los principios de disponibilidad y facilidad probatoria*¹⁶⁴.

Entenderemos mejor todo esto, con el análisis de sentencias más recientes. En primer lugar, tenemos la STS de 18 de marzo de 2004, aplicando el artículo 28 de la Ley de Consumidores (el artículo 148 actual), condenándose solidariamente a una indemnización de 120.202 € a un médico y a la clínica donde aquel intervino a la demandante de una hernia discal. Tras la operación, a la paciente se la sometió a una intervención para tratar los dolores que sufría, detectándose una infección en el espacio intervertebral afectado. El día en el que presenta el recurso de casación tiene una situación irreversible: depresión profunda y limitación de su capacidad orgánica de un 65% condenándola a estar postrada en una silla de ruedas. La intervención del médico tenía como objetivo mejorar el estado de la paciente, y lejos de ello, le provocan una infección con la grave secuela de la minusvalía, y esa situación no la tenía antes de la intervención, la sufrió tras ella como demuestra la inexistencia informe pericial alguno que lo pueda probar¹⁶⁵.

La aplicación de la normativa de consumo a los profesionales sanitarios tiene más barreras que la de la doctrina del daño desproporcionado a esos mismos sujetos, si la finalidad de la doctrina del daño desproporcionado es la prueba de la culpa del autor del daño (entidad sanitaria o profesional), el discurso no se desvía de la valoración del presupuesto culpabilístico, una circunstancia que pese a los matices objetivos que puedan añadirse a dicha valoración, no es extraña al entendimiento de la responsabilidad civil imputable a un profesional sanitario. Esa argumentación incluso puede ser compatible con la consideración de la obligación del médico como de medios, si se adopta (como es habitual), el esquema

¹⁶⁴ Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; “*Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Albolote (Granada),2006. Página 178 y siguientes.

¹⁶⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 225/2004 de 18 marzo. RJ 2004\1823 Fundamento de Derecho Tercero.

propio de la cuestionada distinción de las obligaciones (*medios/resultado*). El punto donde podemos ver dificultades para aplicar esta doctrina es la adopción de una responsabilidad objetiva que establece el precepto normativo del artículo 148, con la consideración que la doctrina y la jurisprudencia adoptan acerca de la responsabilidad del facultativo, una responsabilidad que debe basarse en la culpa o negligencia del mismo¹⁶⁶.

En el ámbito de la Sanidad Pública únicamente responde la Administración, respondiendo los profesionales sanitarios únicamente en vía de regreso, cuando éstos actúen con dolo o negligencia graves. Esto podría ser considerado un trato de favor, respecto de los profesionales que ejercen la medicina privada, lo que sirvió de motivación para que cierto sector doctrinal propusiese la aplicación del artículo 148 de la LGCU a quienes presten el servicio en calidad de principal, manteniendo para los profesionales dependientes la imputación de responsabilidad por infracción de la *lex artis*¹⁶⁷. Aunque si nos ceñimos al tenor literal de la norma, habla de “*servicios sanitarios*” y podemos incluir entre ellos a los prestados por los profesionales sanitarios individualizados, siendo inaplicable esta normativa a su colectivo. Otra opción sería la modificación del precepto para que este fuese aplicado a los servicios sanitarios, pero estableciéndose de modo claro una imputación de responsabilidad por culpa, aunque esta no se halle concretada en un profesional individualizado, sino que su existencia se advirtiera de modo difuso en el seno de la organización sanitaria donde se prestó el servicio¹⁶⁸.

4.2.4.2 Las infecciones nosocomiales

Antes de proceder a hacer valoración alguna debemos hacernos la siguiente pregunta ¿Qué es una infección nosocomial u hospitalaria? Galán Cortés la define como “aquella contraída en el hospital por el paciente internado por una razón distinta de esa infección. Se trata, por tanto, de una infección que se presenta en un paciente internado en un hospital o en otro establecimiento de atención de salud, en quien la infección no se había manifestado ni estaba en período de incubación en el momento del ingreso”¹⁶⁹. Por lo tanto, estamos hablando de

¹⁶⁶ Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; “*Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Albolote (Granada),2006. Página 181.

¹⁶⁷ Asúa González, C.I “*Responsabilidad Civil Médica*” en Reglero Campos, L.F. (coordinador) “*Tratado de Responsabilidad Civil*”. Vol. 2: Parte especial primera. 2008. Thomson Reuters Aranzadi. 4ª edición. Navarra, 2008. Página 1102.

¹⁶⁸ Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; “*Responsabilidad objetiva y nexa causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Albolote (Granada),2006. Página 182.

¹⁶⁹ Galán Cortés, J.C. “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 397.

una infección que se contrae en el hospital y se puede reconocer a nivel clínico o biológico y le afecta al enfermo por el mero hecho de haber ingresado, consecuencia de la atención recibida estando ingresado o mismamente durante un tratamiento ambulatorio, no padeciendo un período de incubación al momento de su ingreso, siendo indiferente si los síntomas aparecen durante la estancia hospitalaria.

El EPINE (Estudio de Prevalencia de Infecciones Nosocomiales en España) establece como infecciones más frecuentes: a) *vías respiratorias inferiores*; b) *heridas quirúrgicas* c) *vías urinarias* y, d) *bacteriemias*. A su vez, el EPINE según sus informes, establece como los microorganismos más frecuentes para todas las infecciones nosocomiales los siguientes: a) *Escherichia coli*; b) *Pseudomonas aeruginosa*; c) *Staphylococcus aureus*¹⁷⁰.

La gran mayoría de estas infecciones tiene lugar en las UCIS y en los quirófanos, siendo una incidencia mayor en pacientes vulnerables con edad avanzada, con una enfermedad crónica o pacientes con tratamiento de quimioterapia. Siendo conscientes del período de pandemia que estamos viviendo, no incluyo los casos de COVID en este estudio, porque se trata de un contagio vírico, y si hablamos de “infección” nos referimos al ámbito bacteriano, bien distinto.

4.2.4.2.1 *Obligación de seguridad y cadena de asepsia*

Las infecciones adquiridas durante el periodo de estancia hospitalaria son la punta de lanza del artículo 148 del Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios (en adelante TRLCU), como una obligación que tiene el propio centro hospitalario de garantizar una seguridad manteniendo unos controles muy rigurosos. Estos controles pueden ser: mantener el instrumental limpio y esterilizado, el aire del quirófano, el personal que accede a las salas de operatorio, la preparación del sujeto para ser intervenido, entre otras. Por otro lado, también tiene una importante incidencia las características previas del paciente, el patógeno atacante, y el tipo de cirugía al que se someta.

Para entender esta cuestión, Galán Cortés hace un buen desarrollo de las diferentes situaciones que pueden darse, para que se pueda considerar la existencia de una transgresión de la cadena de asepsia¹⁷¹:

¹⁷⁰ Se pueden consultar los datos del EPIME actualizados en su página web, estando disponibles los informes que emite a través de www.epine.es.

¹⁷¹ Galán Cortés, J.C “*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Páginas 399 Y 400.

- Paciente intervenido con una “cirugía limpia”: Entendemos como “cirugía limpia” cuando ante una operación, el paciente no se encuentra inmunodeprimido ni presente al momento del ingreso una herida externa contaminada. Obviamente, si apareciese posteriormente una infección nosocomial deja patente que ha habido una transgresión de la cadena de asepsia. Si se comprueba que se han realizado los controles necesarios para medir la calidad del aire (esto lo establecen diferentes normas y protocolos para la bioseguridad ambiental) y que todo el material o instrumental utilizado fue correctamente esterilizado (esto se comprueba en los registros de los test o pruebas biológicas y físicas de los autoclaves en que se llevó a efecto la esterilización), entonces el origen de la infección lo deberíamos situar en una vulneración de la cadena de asepsia en otro punto (incumplimiento del protocolo de asepsia por el personal sanitario que acude al quirófano o una mala preparación del paciente).

Recae sobre el centro sanitario la carga de la prueba de una causa extraña o ajena al servicio de carácter imprevisible e inevitable, para poder exonerarse de responsabilidad, consecuencia de la obligación de seguridad que este tiene.

- Cuando no se trata de una “cirugía limpia”: En estos casos le corresponde al centro la prueba de haber pautado la profilaxis antibiótica adecuada en cada caso, no liberándole de responsabilidad si surgiese una infección hospitalaria por un patógeno específico o habitual en ese hábitat hospitalario, debiendo demostrar que el origen del patógeno es ajeno al servicio.
- Si el paciente se halla inmunodeprimido: El centro sanitario debe probar la adopción de cuantas medidas sean necesarias para evitar este tipo de infecciones en el caso concreto objeto de estudio, así como también la prueba de cumplimiento de todos los protocolos de asepsia anteriormente mencionados, debiendo demostrar que la causa de la infección es externa y ajena al funcionamiento del servicio hospitalario.

4.2.4.2.2 *Posición de la jurisprudencia*

Empezamos con una sentencia del año 2007, que se pronuncia sobre una infección hospitalaria por “*Staphylococcus aureus*”, resistente a la meticilina. Se usa la expresión de “*legítimas expectativas de seguridad del servicio*”. La sentencia contempla la concurrencia de nexo causal en la no adopción de medidas que habrían prevenido la infección, así como las posteriores que convendrían para su detección y tratamiento. Continúa el Tribunal,

señalando cual es, por tanto, el criterio de imputación de la responsabilidad como la legítima expectativa de seguridad inherente a la realización de una intervención quirúrgica¹⁷².

Este criterio es seguido y reiterado por diferentes sentencias en ese mismo año, pronunciándose el Alto Tribunal sobre una infección hospitalaria de “*Streptococo del grupo D enterococo*” contraída por un paciente sometido a una intervención de tibia y peroné¹⁷³, y sobre un contagio de “*Hepatitis C postranfusal*”¹⁷⁴.

De todo lo anterior podemos deducir que el Tribunal establece como criterio de imputación el no alcanzar los niveles presumidos por ley de pureza, eficacia o seguridad, que llevan aparejados unos determinados controles técnicos de calidad, que impiden o deben impedir, las infecciones surgidas con ocasión de una intervención, contraída en el propio centro o reactivándose en el mismo. Si fallan estos controles de modo extraño o no se precisa la razón del fallo, la normativa establece la asunción del riesgo por el propio servicio sanitario, al vulnerarse las “*legítimas expectativas de seguridad*” necesarias que debe establecer tal servicio¹⁷⁵.

4.2.4.3 Los casos de sangre contaminada

Esto es una cuestión de vital importancia para el Derecho y para la Salud Pública y la interpretación adoptada por el Tribunal Supremo puede resultar algo confusa, partiendo del concepto de “*riesgos del desarrollo*”. Debemos de tener en cuenta que la doctrina jurisprudencial al respecto es anterior al momento en que el avance y desarrollo tecnológico/científico permitió la detección del VIH y conocer las vías de transmisión de la enfermedad, por lo tanto, para no extenderme demasiado en esta cuestión, analizaré la jurisprudencia más reciente. Por otra parte, no contamos apenas con sentencias en las que se pronuncie la Sala 1ª del Tribunal, ya que en este tipo de pleitos el sujeto demandado suele ser el INSALUD o la Administración Sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente, por lo que el grueso de las sentencias que dirimen sobre estos asuntos es de la Sala de lo Contencioso-Administrativo. La Sala 1ª del TS únicamente conocerá en los supuestos en los

¹⁷² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 1377/2007 de 5 enero. RJ 2007\552 Fundamento de Derecho Sexto y Octavo.

¹⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 1155/2007 de 19 octubre. RJ 2007\7309.

¹⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 1242/2007 de 4 diciembre. RJ 2008\251.

¹⁷⁵ Recogido en el Artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

que el demandado sea un centro sanitario privado, además de los profesionales sanitarios igualmente demandados.

La posición que mantiene la Sala 1ª del Tribunal Supremo se centra en los conocimientos técnicos y científicos que evidencian las vías de transmisión de la enfermedad, no dando tanta importancia al momento en el que se pone a la venta en el mercado los test de detección, sumado a la preponderancia del incumplimiento del deber de información sobre los riesgos de la transfusión (teniendo en cuenta también la urgencia o no de ésta), con el fin de imputar responsabilidad al servicio sanitario, rechazando la doctrina de “*riesgos del desarrollo*”¹⁷⁶. El criterio de imputación de responsabilidad establecido desde el año 1997, en estos casos, se centra en la conducta negligente del centro sanitario, con 2 vertientes: 1) *si la transfusión es o no necesaria* y 2) *inadvertencia previa de los riesgos de esta*¹⁷⁷. Posteriormente, la Sala 1ª del TS sigue confirmando y desarrollando esta doctrina¹⁷⁸.

4.2.5 PROTOCOLO MÉDICO

Cuando hablamos de que la obligación del médico es una obligación de medios, es porque detrás de su actuación tiene un proceder determinado, un protocolo de actuación. Cada acto médico está formado por un conjunto de decisiones tomadas en situaciones de incertidumbre, desde el momento en que es necesario practicar todas las exploraciones y pruebas necesarias para alcanzar un diagnóstico, hasta el momento en el que se prescribe una terapia determinada¹⁷⁹. Los protocolos son definidos como una ayuda explícita para el médico en el proceso de decisión clínica al reducir el número de alternativas diagnósticas y terapéuticas entre las que se ha de elegir, hasta hacerlos en muchos casos, únicas¹⁸⁰.

Los protocolos por su parte también son un instrumento que reduce la incertidumbre que rodea a toda actuación médica, siendo también una garantía para el profesional para respaldar

¹⁷⁶ Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; “*Responsabilidad objetiva y nexo causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Albolote (Granada), 2006. Página 254 y 255.

¹⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 108/1997 de 18 febrero. RJ 1997\1240. Fundamentos de Derecho Sexto y Duodécimo.

¹⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 335/2002 de 11 abril. RJ 2002\3382; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 527/2004 de 10 junio. RJ 2004\3605.

¹⁷⁹ Galán Cortés, J.C; Hinojal Fonseca, R. “*Valoración jurídica de los protocolos médicos*”. Revista general de Derecho. ISSN 0210-0401. N.º 622-623, 1996. Páginas 8171 a 8182. Página 8171.

¹⁸⁰ Rodríguez Artalejo, F; Ortún Rubio, V. “*Epidemiología para clínicos: Los Protocolos Clínicos*”. Medicina Clínica, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Universidad Autónoma de Madrid. Instituto Valenciano de Estudios en Salud Pública (Valencia). 1990 (95). Páginas 309 y siguientes.

su actuación, lo que en términos coloquiales podríamos denominar “*cubrirse las espaldas*” aportando un cierto grado de seguridad técnica y, por supuesto, jurídica, una petición por parte del colectivo sanitario muy anhelada.

4.2.5.1 Instrumentos que reducen la incertidumbre en las decisiones médicas

Son enumerados por el jurista Martín León distinguiendo 3 tipos¹⁸¹:

- Guías de práctica clínica: Son el conjunto de recomendaciones que se desarrollan de forma sistemática para orientar a los clínicos y a los pacientes en el proceso de toma de decisiones, respecto a que intervenciones son las más adecuadas para resolver un problema clínico en unas circunstancias sanitarias específicas.
- Protocolos: Son los documentos que señalan “los pasos a seguir” convenidos entre los interesados ante un problema asistencial, de forma bastante normativa, con gran nivel de detalle, y sin presentar alternativas¹⁸²
- Vías clínicas: Son instrumentos elaborados con el objetivo de establecer las diferentes directrices a seguir para operativizar las actuaciones ante situaciones clínicas determinadas en pacientes que presentan patologías con curso clínico predecible¹⁸³.

Nuestro objeto de estudio en este trabajo se basará en los protocolos, que a su vez, dentro de ellos podemos encontrar abundantes tipologías atendiendo a la finalidad de cada uno: protocolos *de investigación*, protocolos *de recogida de datos*, protocolos *de información* y, por último los protocolos *clínicos*, siendo estos últimos los que gozan de mayor relevancia, reflejando por escrito, la conducta diagnóstica y terapéutica aconsejable ante determinadas eventualidades clínicas, resultando decisiva para catalogar una práctica médica de adecuada o correcta ante una situación concreta genéricamente contemplada¹⁸⁴.

¹⁸¹ Martín León, A “*Lex Artis y protocolos médicos*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009. Páginas 479 y siguientes.

¹⁸² Reyes Domínguez, A.; Navarro Puerto, M.A; Hermosilla Gago, T.; Alonso Ortiz del Río, C; Rico Iturrioz, R.; Ruiz Romero, F.; Asúa Batarrita, J. “*¿Las guías que nos guían son fiables? Evaluación de las guías de práctica clínica españolas*”. Revista clínica española: publicación oficial de la Sociedad Española de Medicina Interna, ISSN 0014-2565, Vol. 205, N.º. 11, 2005, págs. 533-541.

¹⁸³ Casariego Vales, E. (Médico Especialista en Medicina Interna en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Lucus Augusti de Lugo); Costa Ribas, C. (Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria en el Centro de Salud de Vila, Ibiza). “*¿Qué son y para qué sirven las Guías de Práctica Clínica*”. Guías Clínicas, revisión del 25/09/2020. Disponible en www.fisterra.com.

¹⁸⁴ Galán Cortés, J.C; Hinojal Fonseca, R. “*Valoración jurídica de los protocolos médicos*”. Revista general de Derecho. ISSN 0210-0401. N.º 622-623, 1996. Páginas 8171 a 8182. Páginas 8173 a 8174.

4.2.5.2 La relación entre los Protocolos Médicos y la “*Lex Artis Ad hoc*”

La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que los protocolos tienen un valor simplemente orientativo, no gozando de obligatoriedad jurídica, por lo que el seguimiento de los mismos no se les impone jurídicamente a los médicos. En el caso de ser impuestos, se desvirtuaría la autonomía profesional y la libertad clínica para prescribir toda clase de pruebas diagnósticas y adopción de medidas terapéuticas para cada paciente.

En cuanto a la regulación de los protocolos, merece mencionarse la Ley de Ordenación de la profesiones sanitarias, estableciendo como principio que rige la relación médico/paciente, el deber de prestar una atención profesional con arreglo al estado de los conocimientos técnicos de cada momento¹⁸⁵, gozando de plena libertad para escoger el tratamiento más adecuado para cada paciente, estableciéndose que los protocolos deberán ser utilizados a modo orientativo, como una guía de decisión para los profesionales del equipo¹⁸⁶.

Como hemos podido comprobar, conforme íbamos profundizando en el desarrollo de este trabajo, la *lex artis* no tiene una concreción clara, dejando bastantes claroscuros. Orozco Pardo sobre esto, opinaba que la “*lex artis*” entendida como una suerte de “*reglas del arte*” no suelen estar formalizadas por escrito¹⁸⁷. Los protocolos sirven para arrojar un poco de luz, ya que no siendo obligatorios, fijan por escrito la actuación diagnóstica y terapéutica recomendable ante unas situaciones determinadas, por lo que pueden ser una buena herramienta de ayuda para el juzgador de cara a valor si una actuación médica se ajusta las reglas técnicas pertinentes (esto es la “*lex artis ad hoc*”), si esa actuación es la exigida a un buen profesional (diligencia profesional), por lo tanto, los protocolos sirven para saber cuándo el ejercicio de la profesión goza de una buena praxis. En definitiva, si partimos de la base de que en los protocolos se plasman normas técnicas actualizadas y recomendadas por expertos en el tema para obtener una correcta praxis médica, no hay duda de que su aportación al proceso constituye una enorme ayuda para dilucidar el criterio de *lex artis* aplicable al supuesto fáctico que se juzga. No obstante, tampoco debemos confundir ambas figuras, ya que por muy útil que pueda resultar el protocolo, no puede ser equiparado a una “*lex artis*”

¹⁸⁵ Artículo 5.1 a) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

¹⁸⁶ Artículo 4.7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

¹⁸⁷ Orozco Pardo, G. “*La aplicación del concepto "Lex artis" al campo de la actividad del profesional. El caso de la profesión médica*” en Albiez Dohrmann, K.J; Pérez-Serrabona González, J.L.; Moreno Quesada, B. (coordinadores) “*El ejercicio en grupo de profesiones liberales*”. Universidad de Granada, 1993. págs. 511-561. Página 521.

correcta”, porque entre otras razones, el protocolo puede ser antiguo u obsoleto¹⁸⁸. Los protocolos médicos son una prueba muy valiosa, pudiendo servirnos de referencia para fijar la *lex artis* pero para determinar cuál es la *lex artis* correcta en el caso enjuiciado ha de verificarse mediante los informes periciales médicos¹⁸⁹. El Tribunal Supremo no se ha quedado al margen, y señala que gracias a las pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéutico (los protocolos), se facilita la concreción de la *lex artis*¹⁹⁰.

4.2.5.3 Los protocolos médicos en la jurisprudencia

En conclusión, cada vez es más común que se protocolicen los actos médicos, ya sea por medio de directrices, recomendaciones o manuales de buenas prácticas establecidos por voces privilegiadas de expertos (sociedades científicas, médicos especialistas, catedráticos, colegios profesionales, etc.) para orientar la actuación de los facultativos. A continuación, observaremos como se plasma en la jurisprudencia en diferentes perspectivas.

4.2.5.3.1 Desestimación de la responsabilidad al haber sido aplicado lo previsto en el protocolo

Son las ocasiones en las que los Tribunales desestiman demandas de responsabilidad sanitaria cuando se constata que el daño causado a un paciente derivado de su actuación profesional no resulta indemnizable, debido a que los profesionales han actuado siguiendo la *lex artis* objetivada a través de la aplicación de los protocolos establecidos.

En 2005, se enjuiciaba una actuación médica relativa a una patología de mioma uterino, considerándose que no existía una anormal actuación ya que a pesar de practicarse una histerectomía total que causó una lesión uretral, dicha lesión “no fue producto de una actuación médica errónea o no acomodada a los protocolos establecidos, sino como un riesgo descrito que conllevaba la intervención ginecológica que la recurrente precisaba”¹⁹¹.

Actuar conforme a lo descrito en los protocolos, al plasmar por escrito la *lex artis*, ayuda a probar que ha habido una buena praxis profesional. Seguir el protocolo disminuye el riesgo

¹⁸⁸ Jorge Barreiro, A. “*Jurisprudencia Penal y lex artis médica*” en Jorge Barreiro, A.; Gracia Guillén, D. (Directores). “*Responsabilidad del personal sanitario*”. Madrid, 1995. Páginas 76 y 77.

¹⁸⁹ Gallego Riestra, S. “*Prueba y valoración de daños en la asistencia sanitaria*” en Jorge Barreiro, A.; Gracia Guillén, D. (Directores). “*Responsabilidad del personal sanitario*”. Madrid, 1995. Páginas 426 y 427.

¹⁹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 415/2007 de 16 abril. RJ 2007\3552. Fundamento de Derecho Noveno.

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 384/2005 de 26 septiembre. JUR 2005\262616. Fundamento Jurídico Cuarto.

de incurrir en responsabilidad, siempre que esto se adapte a la *lex artis*. Tenemos un ejemplo muy palpable de la importancia de los protocolos en estos tiempos de pandemia provocada por el Covid-19, tanto al comienzo de la misma, con la saturación de los hospitales, como el proceso de vacunación, hasta la época actual, que mientras se escriben las líneas de este trabajo y tras haber superado un protocolo de vacunación que nos ha permitido un poco de calma, el sector sanitario aún sigue luchando contra los estragos del virus. Por lo tanto, si equiparásemos el concepto de “*infracción de lex artis*” con la “*antijuridicidad de daño*” y se considera que la intervención era la apropiada realizada con arreglo al estado del saber del momento de que se trate, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico. Por tanto, aceptando la relevancia para medir la adecuación a la *Lex Artis* de la asistencia practicada, la existencia de protocolos de actuación estableciendo unas pautas de diagnóstico y tratamiento terapéutico facilitan mucho nuestra labor, para que un Juez no conocedor de la técnica sanitaria (no es necesario que lo sea, un Juez se encarga del cumplimiento de la ley) tenga herramientas para apreciar si la actuación de un médico fue correcta o no, facilitándose la determinación de la *Lex Artis* en cada caso¹⁹².

4.2.5.3.2 *Estimación de la responsabilidad al haberse apartado injustificadamente del protocolo*

Nos encontramos, ante los supuestos contrarios al expuesto anteriormente, tratándose de decisiones judiciales en las que la falta de concordancia entre la actuación del médico y los protocolos aplicables son el elemento decisivo para determinar la existencia de una mala praxis y, por tanto, la acreditación de responsabilidad jurídica.

A modo de ejemplo, en el año 2007 se estima la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria consecuencia del fallecimiento de un paciente por infección nosocomial contraída durante el desarrollo de una cirugía de revascularización miocárdica. El quid de la cuestión para la decisión del Tribunal fue que del expediente administrativo no hay constancia de que el médico tomase medida de precaución alguna para este caso (concretamente era la aplicación de antibiótico con carácter profiláctico antes y durante la inducción de la anestesia, incluso a veces es necesario suministrarse una segunda dosis

¹⁹² Obispo Triana, C. (Área de Derecho Administrativo. Departamento de Desarrollo y Soluciones de Contenidos-Legal & T&A) “*Algo debió de ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm.700/2018, de 26 abril (JUR 2018, 133959)*”. Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2018\11812.

intraoperatoria), a pesar de que lo indicaban los protocolos de cirugía cardíaca, para evitar la aparición de infecciones¹⁹³.

El Tribunal Supremo reconoce los protocolos asistenciales, como uno de los instrumentos con los que se “facilita la concreción de la *Lex Artis* y la evolución y perfeccionamiento de los protocolos asistenciales y valorando las circunstancias de cada caso para decidir la prestación de asistencia”¹⁹⁴. En 2008, el Tribunal Supremo dicta una sentencia que es un ejemplo perfecto del reconocimiento de los protocolos que enumera la sentencia expuesta anteriormente, estimándose la responsabilidad de un ginecólogo, consecuencia del nacimiento de un niño con graves malformaciones (espina bífida e hidrocefalia). Se considera infringida la *lex artis* al no haberse prescrito la realización de una ecografía morfológica, como “*medio de diagnóstico contemplado por los protocolos*”¹⁹⁵.

Debemos tener en cuenta, que no someterse al protocolo al pie de la letra no es una causa de responsabilidad pero si puede significar una presunción de infracción de la *lex artis*, por lo que el apartamiento o no sometimiento a lo previsto por el protocolo requiere de una justificación rigurosa y exhaustiva¹⁹⁶.

4.2.5.3.3 *Desestimación de la responsabilidad a pesar de la no sujeción al protocolo*

Hablamos de los supuestos en los que el profesional se ha apartado de los protocolos establecidos, pero sin embargo no se aprecia responsabilidad. En 2005, el Tribunal Supremo aborda un caso de un parto complicado que desemboca en el nacimiento de un niño con encefalopatía por hipoxia isquémica, causando su fallecimiento a los 4 años de edad. De antemano, el feto poseía unos parámetros biomédicos por encima de los normales, y aun así, el equipo médico decide practicar un parto sin cesárea al considerar que el peso no condicionaba la técnica a emplear para el alumbramiento. Aunque estaban ante una pelvis límite, de las que resulta recomendable la práctica de la cesárea, los médicos optaron por esperar a la expulsión espontánea (como cabía esperar, no se produjo), y tras treinta minutos se optó por utilizar ventosas (sin resultado alguno). En este supuesto en el que el equipo

¹⁹³ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) núm. 557/2007 de 3 mayo. JUR 2007\252949. Fundamento de Derecho Tercero.

¹⁹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 415/2007 de 16 abril. RJ 2007\3552. Fundamento de Derecho Noveno.

¹⁹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 969/2008 de 24 octubre. RJ 2008\5793. Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁹⁶ Galán Cortés, J.C; Hinojal Fonseca, R. “*Valoración jurídica de los protocolos médicos*”. Revista general de Derecho. ISSN 0210-0401. N.º 622-623, 1996. Páginas 8171 a 8182. Página 8175.

médico se desvió del protocolo previsto, el Tribunal reconoce que la técnica médica no presenta un único método, por más que los protocolos médicos inviten a ajustarse a unas pautas seriadas, reconociendo la concurrencia de otros métodos más eficaces¹⁹⁷.

Las decisiones médicas tienen un carácter concreto, enfocándose a pacientes concretos y situaciones concretas, por lo tanto, algo que puede ser adecuado para la mayoría de los casos puede no serlo en uno en concreto. El médico puede tomar decisiones diferentes o incluso contrarias a lo dispuesto protocolariamente, adaptándose a cada situación concreta, no implicando siempre una vulneración de la *lex artis*.

4.2.5.3.4 *Estimación de la responsabilidad a pesar de ajustarse al protocolo*

Como último ejemplo, hablaremos de aquellos casos en los que el médico o la Administración Sanitaria están obligados a indemnizar los daños causados a los pacientes, incluso si en el procedimiento quedase probado que la actuación estuvo totalmente ajustada a lo previsto en los protocolos. Estos casos ponen de manifiesto que el contenido de los protocolos no es estrictamente lo correspondiente a la *lex artis ad hoc*.

Tenemos varios casos que nos pueden aclarar como se explica la existencia de responsabilidad en estos casos. Un buen ejemplo, tuvo lugar en el año 2005, sobre las actuaciones desplegadas para la prevenir y combatir la “*legionella*”, habiendo informes periciales que acreditaban un incumplimiento de la Administración del deber de utilizar todos los medios existentes para evitar infecciones, hace que se estime la responsabilidad patrimonial de la Administración. Señala la Sala lo siguiente: “Nada tenemos que objetar a los informes que el Gobierno de Navarra nos pone ante la visa respecto de las múltiples actuaciones llevadas a cabo para prevenir la legionella, así como para combatirla una vez que se produjo el brote de *legionellosis*. Consideramos que ya sólo faltaba que no se hubieran tomado medidas preventivas y aún más una vez que aparece el brote no se hubiera combatido el mismo con todos los medios habidos y por haber (además tratándose de un centro hospitalario con un alto contenido de mórbido grave) según los protocolos conocidos. Pero lo cierto es que el brote se produjo y que éste atacó al fallecido esposo y padre de los hoy apelados. Por tanto, cuanto mayor es el elenco de medidas adoptadas mayor es la demostración del brote y de la gravedad del mismo que atacó a múltiples pacientes y fueron, además, varios los fallecidos. El nexo causal está más que claro: surgió el brote en el Hospital

¹⁹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 14 marzo 2005. RJ 2005\3620. Fundamento de Derecho Tercero.

de referencia y éste atacó al fallecido de autos; el propio Vicepresidente del Gobierno de Navarra lo reconocía expresa y públicamente en la prensa; además aquello fue público, notorio y conocido”. Esta sentencia recalca que la diligencia exigible a la Administración Sanitaria para prevenir la “legionella” no se agota con la aplicación de las medidas previstas en las normas, protocolos o recomendaciones, sino que se le exigen todas las medidas ofrecidas por la ciencia o la técnica cuando se produjo el daño¹⁹⁸. 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 esfuerzo¹⁹⁹.

Posteriormente, en el año 2006, una persona herida en accidente de trabajo recibe asistencia sanitaria por los servicios médicos de una Mutua. El tratamiento duró más de 3 meses y los servicios de la Mutua revisaron hasta en 3 ocasiones la herida provocada por el siniestro. Resulta que el trabajador no fue informado de la existencia inicial de un lipoma y su más que probable evolución hacia un liposarcoma. El propio profesional que prestó asistencia sanitaria al actor admite que al abrir la herida observó la existencia de un posible lipoma, pero no le prestó atención al tratarse de un aspecto ajeno a su intervención. Declaró no haber practicado una biopsia porque esa prueba se apartaba del protocolo de atención en un accidente laboral. Los servicios médicos de la Mutua fueron condenados porque “es posible que una Mutua persiga en su atención médica la curación de accidentes laborales, pero ello no le exime de informar al paciente de otras posibles patologías que se aprecien, como es el caso de autos, o de remitirlo para su adecuado tratamiento al organismo sanitario que resulte competente pero, de ninguna manera, puede mirarse a otro lado y resolver burocrática y negligentemente una situación médica que empeoraba por momentos”²⁰⁰.

En conclusión, los protocolos médicos proporcionan seguridad técnica y en menor medida, una cierta dosis de seguridad jurídica para el profesional, pero no siempre va a exonerar a los médicos. Su actuación se va a evaluar conforme las singularidades de cada caso clínico.

¹⁹⁸ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 205/2005 de 18 febrero. RJCA 2005\277. Fundamento de Derecho Quinto.

¹⁹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 349/1994 de 25 abril. RJ 1994\3073. Fundamento de Derecho Tercero.

²⁰⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª). 989/2006 de 7 junio. RJCA 2007\122. Fundamento de Derecho Tercero.

4.2.6 SECRETO PROFESIONAL

Este es un punto ante el que no me detendré en exceso, debido a la variedad de temas en los que debemos profundizar en este trabajo y debido a que es un concepto ante el que estamos, la mayoría de las profesionales del Derecho (salvo anecdóticas y tristes excepciones) familiarizados.

El secreto médico es uno de los pilares constitutivos de la relación médico/paciente, necesario para establecerse una confianza mutua entre ambas partes, independientemente de la rama sanitaria de la que hablemos. Este deber de secreto implica una obligación de confidencialidad sobre todo aquello que el paciente le haya revelado al médico, así como todas las deducciones que el médico extraiga de ellas²⁰¹.

En el mismo Código Penal, el Título X se encarga de estas cuestiones, bajo el título “*Descubrimiento y revelación de secretos*”, pero hay un artículo especialmente importante para nosotros, el Artículo 199 del Código Penal, en el que se tipifica y castiga como delito la revelación de secretos ajenos “*de los que se tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales*” y también por “*incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva*”²⁰².

Esto puede plantear diferentes dilemas éticos, por una parte transgredir este deber es moralmente reprochable pero mantenerlo en muchos casos puede generar daños aún más reprochables. La jurisprudencia nos habla de “*evitar un mal ajeno, lesionando mínimamente un derecho de otro*”. Hay ocasiones en la que un profesional médico, lesionando el derecho a la intimidad de un enfermo para proteger la salud de otro se plantea un gran conflicto de intereses. Se transgrede el secreto profesional para sacrificar el derecho de menor valor en beneficio de otro de un valor mayor (el mal causado es menor que el que se puede evitar). La vulneración del secreto profesional en estos casos exime de responsabilidad. Sin verlo ejemplificado puede parecer algo disparatado, por tanto, enumero algunos casos en los que Gómez Jara arroja luz sobre el asunto²⁰³:

- Ante un enfermo portador de una enfermedad de transmisión sexual, el médico deberá advertir o no, a su pareja, del riesgo de contagio. Hay un riesgo a la salud de un tercero

²⁰¹ Artículo 27 del Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica. Organización Médica Colegial de España (OMC).

²⁰² Tipificado en el Artículo 199 Código Penal.

²⁰³ Gómez Jara, M. “*La responsabilidad profesional del psiquiatra: El equipo psiquiátrico, derechos del paciente, protección de datos, responsabilidad por daños, suicidios, peritajes psiquiátricos, documento de consentimiento, historia clínica, etc.*”). Editorial Atelier. Barcelona, 2009. Páginas 58 y 59.

evitable, y ese bien jurídico protegido (la vida) es de superior entidad que el derecho a la intimidad del paciente. También puede suceder ante un caso de una enfermedad transmisible genéticamente.

- Ante una persona que padece epilepsia y trabaja conduciendo un transporte público o maquinaria pesada. El médico tiene el deber de o no de comunicar su incapacidad para ese trabajo. El propio médico le cursaría la baja laboral y puede aconsejarle buscar otro empleo (igual actuación sería ante enfermedades con incidencia en terceros posible).

El Código Penal prevé este tipo de situaciones, estableciendo como eximente de responsabilidad del delito de revelación de secretos, el estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno²⁰⁴.

4.2.7 EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

4.2.7.1 Concepto y caracteres

El consentimiento informado es “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”²⁰⁵

El consentimiento informado es una evolución del derecho a la autodeterminación del individuo. El principio de la autonomía de la voluntad no está recogido de forma expresa en la Constitución, pero mantiene sus raíces en el artículo 10.1²⁰⁶ en relación con el libre desarrollo de la personalidad, y a su vez con el artículo 1.1 de la Constitución Española²⁰⁷.

²⁰⁴ Artículo 20.5 del Código Penal.

²⁰⁵ Artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²⁰⁶ Constitución Española (Artículo 10.1). “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*”.

²⁰⁷ Constitución Española (Artículo 1.1). “*España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político*”.

Mientras la dignidad humana acompaña al individuo durante toda su vida e incluso durante su muerte, el libre desarrollo de la personalidad se relaciona con la capacidad humana para decidir un proyecto de vida²⁰⁸.

4.2.7.1.1 *Negativa al tratamiento*

El consentimiento informado como derecho fundamental tiene un aspecto positivo (legitima la actuación del médico), pero a su vez conlleva una facultad negativa (implica la imposición de abstención de actuaciones médicas salvo que estén justificadas, así como una facultad de oposición a la asistencia médica como expresión de un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, diferente del derecho a la salud o a la vida)²⁰⁹.

Todo paciente tiene derecho a negarse al tratamiento, con las excepciones previstas legalmente²¹⁰. Como excepciones se contemplaban la penalización de la eutanasia (actualmente no es un obstáculo), las que señala la propia ley de autonomía del paciente²¹¹ y los límites que establece el hecho de estar sometido bajo la tutela del Estado, como es el caso de los internos en Instituciones Penitenciarias (sobre los cuales se dictó, no sin polémica, sentencia del Tribunal Constitucional, en el conocido caso de la huelga de hambre de los presos del GRAPO²¹²).

²⁰⁸ Corchete Martín, M^a.J. “*El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Páginas 69 y 70.

²⁰⁹ Martínez Gallego, E.M^a. “*Análisis jurídico del consentimiento informado*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 128.

²¹⁰ Artículo 2.4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²¹¹ Artículo 3 2. de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. “*Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas. b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él*”.

²¹² Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 junio. RTC 1990\120.

4.2.7.1.2 Instrucciones previas

Mediante un documento de instrucciones previas o testamento vital²¹³, el paciente puede emitir su voluntad bajo determinadas circunstancias y requisitos legales, con carácter previo a la determinación del tratamiento, de tal modo que, de encontrarse en cierto momento de su vida incapacitado de efectuar su declaración de voluntad, y de aportar su consentimiento, la voluntad plasmada en estos se respete.

No incidiremos más en esta cuestión, más allá de dejar bien claro de que estos documentos son una clara expresión del principio de autonomía de la voluntad y la autodeterminación de la persona. Actualmente, más allá de la Ley de Autonomía del Paciente, y si bien en la actual regulación de la eutanasia (teniendo en cuenta que su ámbito de aplicación es la eutanasia activa)²¹⁴ no encontramos una regulación específica para el Testamento Vital lo cual sería deseable, sin embargo existen muchas leyes autonómicas que lo regulan.

4.2.7.1.3 La revocabilidad del consentimiento informado

Del mismo modo en que la decisión del paciente se debe respetar durante el desarrollo del tratamiento, también puede dar marcha atrás en su decisión, tanto para consentir o rechazar un determinado acto/tratamiento médico. La propia legislación establece al respecto que “*el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento*”²¹⁵.

Como dato curioso y que nos interesa para el objeto de estudio de este trabajo, la revocación se exige por escrito (independientemente de que el consentimiento se haya hecho o no de forma verbal). Lo considero totalmente razonable, en absoluto disparatada la exigencia de constancia escrita, de cara a un posible pleito entre el médico y el paciente, porque de no tener la revocación por escrito colocaría a quien ha de soportar la carga de la prueba, el médico responsable del paciente, ante una prueba diabólica, sin capacidad de demostrar que el consentimiento prestado previamente había sido revocado. Seguiría teniendo la opción de sacar a relucir en el juicio la historia clínica del paciente, pero no sin razón, al ser una documentación que está en manos del médico se podría pensar que está manipulada. Al existir esa prueba por escrito evitaríamos muchas dificultades, sobre todo a la hora de

²¹³ La figura de las Instrucciones previas nace del Artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²¹⁴ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

²¹⁵ Artículo 8.5 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

determinar el momento exacto en que el paciente decide cambiar de opinión (en tratamientos prolongados, cesar en el tratamiento puede tener consecuencias terribles para el paciente, como interrumpir los ciclos de quimioterapia)²¹⁶.

4.2.7.1.4 *Excepciones a la exigibilidad del consentimiento informado*

Las excepciones a la exigencia de tener el consentimiento claro del paciente para enfrentarse a cualquier intervención son muy escasas, y son establecidas en la propia Ley de Autonomía del Paciente, distinguiéndose dos supuestos posibles²¹⁷:

- Si existe riesgo para la salud pública, debido a razones sanitarias establecidas legalmente.
- Si hay un riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

Haciendo una matización a lo que se entiende por “*situación de riesgo*” en estos casos, que pueda eximir de la necesidad de solicitar el consentimiento informado, la jurisprudencia específica que tal riesgo “*ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez*”²¹⁸.

4.2.7.2 *La información al paciente*

El pilar fundamental sobre el que se basa el consentimiento informado viene indicado hasta en su nombre, la información. Es necesario que el paciente cuente con la información asistencial antes de consentir cualquier intervención. Para que esto pueda hacerse de una forma segura y con libertad, el paciente debe contar con suficiente información, adecuada a las medidas terapéuticas, así puede prestar libremente su consentimiento, eligiendo así entre las opciones posibles, teniendo una opinión lo suficientemente fundada como para autorizar o no, los tratamientos o intervenciones propuestas.

²¹⁶ Martínez Gallego, E.M^a. “*Análisis jurídico del consentimiento informado*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Páginas 133 y 134.

²¹⁷ Artículo 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 marzo. RTC 2011\37. Fundamento Jurídico 7.

La información sanitaria puede adquirir diferentes formas:

- Información asistencial: La información que concierne al proceso y atención sanitaria de ese paciente, inclusive la información clínica. Está recogida en la propia LAP²¹⁹. Los pacientes tienen que conocer al respecto de cualquier actuación sanitaria toda la información disponible sobre la misma, salvo los supuestos exceptuados legalmente. También se incluye el derecho a no ser informado (si así lo desea). La información se proporciona por lo general, de forma verbal, constando así en la historia clínica, debiendo abarcar la finalidad y naturaleza de la intervención así como sus posibles riesgos y consecuencias. Esta información ha de ser verdadera y debe comunicarse al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, ayudándole a decidir conforme su voluntad propia. El médico responsable del paciente debe garantizar que se cumpla el derecho a la información. También es responsabilidad de aquellos que le atiendan durante el proceso o los que le apliquen una técnica concreta.
- Información epidemiológica: Vital, ante problemas de salud colectivos que puedan implicar un riesgo para la salud pública o para su salud individual, debiendo transmitirse de forma verdadera, comprensible y adecuada para proteger la salud²²⁰.
- Información sobre el sistema de salud: El motivo de la información es que debemos tener presente que un paciente forma parte del sistema de salud y tiene derecho a ser informado sobre los servicios, unidades asistenciales disponibles, calidad, requisitos de acceso a ella, etc. Se garantiza que exista en todos los Establecimientos Sanitarios una Guía o Carta de Servicios donde se regula su obligatoriedad²²¹.
- Información sobre la libre elección del médico y centro: Los pacientes y usuarios tienen derecho a elegir el Centro Médico de forma libre, así como a su médico, tanto en atención primaria como en especialidades²²², teniendo reconocida también una segunda opinión como derecho²²³.

²¹⁹ Artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²²⁰ Artículo 6 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²²¹ Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

²²² Artículo 14 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

²²³ Artículo 4 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

4.2.7.2.1 *Contenido mínimo de la información*

La normativa establece que la información ha de contener como mínimo “*la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”²²⁴.

Por otra parte, en cuanto a las condiciones de la información y consentimiento por escrito y que obliga al médico a proporcionar al paciente antes de obtener su consentimiento por escrito.

La información básica e imprescindible que ha de contener la información es la siguiente²²⁵:

- Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- Las contraindicaciones.

4.2.7.2.2 *Forma de la información*

La información que se debe aportar al paciente ha de ser adecuada, verdadera, comprensible y completa, prestándose en forma verbal, como regla general²²⁶. Esa generalización de transmitir los datos de forma verbal puede traernos problemas de prueba, no teniendo ninguna herramienta para demostrar que dieron esa información al paciente, y que han prestado el consentimiento con todas las garantías necesarias. Si bien, el consentimiento por escrito puede sernos mucho más útil de cara a hacerlo valer como prueba, no puede sustituir al verbal porque solo este es el que representa una información asumible y conocible para el paciente, no un documento cargado de tecnicismos que solamente busca una firma protocolaria²²⁷.

²²⁴ Artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²²⁵ Artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²²⁶ Artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1132/2006 de 15 noviembre. RJ 2006\8059 Fundamento Jurídico Segundo.

Es común llegar a confundir la documentación de la información previa con la documentación del consentimiento del paciente. La información, generalmente se hará de forma verbal tal y como la Ley lo exige. Aunque en la práctica es evidente que el documento acreditativo de existencia de consentimiento por parte del paciente para una intervención concreta también tiene la información previa que lo valida²²⁸.

4.2.7.2.3 *La carga de la prueba de la información*

Como hemos apuntado anteriormente, la carga de la prueba se invierte en los asuntos de responsabilidad civil médica siendo el profesional médico quien debe de hacer valer la prueba. Si no hay información es un hecho negativo y la demostración de ello no puede imponerse a quien lo alega, ya que de lo contrario, a criterio de nuestros Tribunales sería *“una prueba que podría calificarse de perversa, contraria al principio de tutela efectiva, por implicar indefensión, prohibida en el art. 24.1 de la Constitución”*²²⁹.

Teniendo en cuenta que la gran mayoría de información y así ha de ser, para que sea comprensible, se da de forma verbal, el Tribunal Supremo establece que el previo consentimiento del usuario ante cualquier intervención, sobre todo si es una cirugía, precisa forma escrita, salvo que la urgencia no admita demoras con riesgo de ocasionar lesiones irreversibles o fallecimiento²³⁰.

4.2.7.2.4 *Destinatario de la información. El paciente y su familia o allegados*

El paciente es el titular de la información, aunque las personas que estén vinculadas a este, por razones familiares o de hecho, ostentan también el derecho a recibir información²³¹.

Sobre la autorización respecto a si el paciente está de acuerdo o no, con que sus familiares o allegados conozcan su información sanitaria, se presume que hay una autorización tácita para suministrar tal información, debiendo expresar por escrito la prohibición a que se suministre información a cualquier persona.

²²⁸ Martínez Gallego, E.M^a. “Análisis jurídico del consentimiento informado” en Llamas Pombo, E. (Director) “Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 180.

²²⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de abril de 1999 (RJ 1999/2583). Fundamento Jurídico Cuarto.

²³⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1^a) 286/2004 de 7 abril. RJ 2004\2608. Fundamento Jurídico Primero.

²³¹ Artículo 5.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

Se considera paciente a toda persona mayor de 16 años o menor emancipado, pues se consideran, en principio, plenamente capacitadas para recibir información y tomar decisiones acerca de su propia salud. Incluso, un paciente menor de edad tiene derecho a recibir información, de modo que solo cuando estemos ante menores de edad que no posean condiciones de madurez suficiente, serán sus padres o tutores los que recibirán esa información precisa para otorgar válidamente el consentimiento a la intervención, siempre en beneficio del menor, por lo que los menores son capaces, si el médico responsable de asistirle, lo considera así²³².

Los familiares y su derecho a ser informados no entran en disputa con el deber de confidencialidad de los médicos²³³, por lo que como hemos señalado, esas personas recibirán la misma información que el paciente salvo que el exprese claramente su intención al contrario.

4.2.7.3 Responsabilidad por falta de información

Los supuestos en los que podamos apreciar responsabilidad por falta de información guardan relación con el daño causado, que podemos reclamar, derivado de esa carencia de información.

Para analizar y explicar los diferentes tipos de daño derivados de la falta de información utilizaré, además de diferentes fuentes jurisprudenciales, el trabajo de Guerrero Zaplana, que distingue 3 tipos: 1) falta de información *relacionada con la producción del daño*; 2) falta de información *como infracción de la lex artis* y 3) el supuesto de la *asistencia médica correcta*²³⁴.

4.2.7.3.1 Falta de información relacionada con la producción del daño

Este criterio para considerar responsabilidad por falta de información vincula la falta o deficiente información con la producción del daño, relacionando la omisión de información con la infracción de la *lex artis*. Estos criterios nacen a principios de los 2000 en numerosas sentencias.

²³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 abril 1992. RJ 1992\3323. Fundamento de Derecho Segundo.

²³³ El deber de confidencialidad lo recoge el Artículo 7 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

²³⁴ Guerrero Zaplana, J. “*Responsabilidad y consentimiento informado*” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “*Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II*”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013. Páginas 154 a 162.

Entre otras cosas, se establece que aun cuando la falta de consentimiento informado es constitutiva de una mala *praxis ad hoc*, tal mala *praxis* no puede dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente²³⁵.

Para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste, la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad, como expresa la Sentencia de la Sala Tercera de 26 de marzo de 2002, faltando la relación de causalidad, no habría lugar a valorar indemnización que pueda derivarse de la falta de información y consentimiento²³⁶.

La jurisprudencia que nos interesa es la proveniente de la Sala Primera del Tribunal Supremo, uniendo la información y el consentimiento en la *Lex artis ad hoc*, como supuestos esenciales de la misma, para llevar a cabo la actividad médica. Es un acto que ha de llevarse a cabo con tiempo y dedicación suficiente, obligando tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan en todo el proceso. De este modo el paciente adoptaría la solución que más interese a su salud, de forma comprensible y adaptada a sus necesidades, pudiendo así valorar las consecuencias que pueda generar la intervención sobre su particular estado, y así, podría rechazar o demorar una terapia por razón de sus riesgos, pudiendo incluso acudir a un especialista o centro distinto²³⁷.

Las sentencias que mencionábamos exigían la producción del daño pero no especifican si se refería al daño material (lesión o secuela evidente) o si se entendía indemnizable la simple producción del daño moral. Dado que la información y el consentimiento tienen como objetivo garantizar la autonomía del paciente, si se le priva al paciente de esa autonomía y no le da ocasión a que decida dentro de los límites marcados por la LAP, habrá claramente un supuesto de producción de un daño moral. El Tribunal entendía en este supuesto, que se indemnizaría a la demandante por no haber sido informada de forma debida, algo que le supuso la privación de conocer la malformación del feto, negándosele una posibilidad optar por interrumpir el embarazo²³⁸.

²³⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 26 febrero 2004. RJ 2004\3889. Fundamento Jurídico Tercero.

²³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 26 marzo 2002. RJ 2002\3956.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 2/2009 de 21 enero. RJ 2009\1481. Fundamento Jurídico Segundo.

²³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 octubre 2007. RJ 2007\7620. Fundamento Jurídico Séptimo.

4.2.7.3.2 Falta de información como infracción de la “Lex Artis”

Con la evolución de la jurisprudencia que pudimos comprobar mientras abordábamos este trabajo, el criterio de la Sala se aparta de las sentencias que mencionábamos anteriormente. El criterio adoptado, es que omitir la información es un incumplimiento de la “*lex artis*”, por tanto, para considerar una asistencia médica como correcta es preciso que además de realizarla correctamente, se haya facilitado la información debida al paciente y que este posteriormente haya consentido.

La responsabilidad como sabemos, en función de donde se haya producido el daño, iría por diferentes vías, por un lado, la responsabilidad patrimonial de la Administración (daño procedente del servicio público de salud) o la responsabilidad extracontractual (medicina privada), y las conclusiones de ambas jurisdicciones coinciden en sus criterios para considerar la responsabilidad por falta de información como contrario a la *lex artis*.

En el año 2011 se dictó una sentencia, que podemos usar a modo de ejemplo, un pediatra es víctima de una paraplejia tras una cirugía a la que fue sometido, razonando el Alto Tribunal que una insuficiente información en sí misma ya es una infracción de la “*lex artis ad hoc*” porque lesiona su derecho a la autodeterminación, siendo un daño moral derivado de la relación causal existente entre esa carencia de información y ese resultado dañoso²³⁹.

La falta de información, por tanto, no genera responsabilidad si hay una desvinculación completa entre la asistencia médica y el daño (supuestos como lesiones derivadas de una evolución tórpida de una patología, o incumplimiento por el paciente de sus propias responsabilidades que implica ruptura del nexo causal). En el resto de los casos, si la asistencia se prestare sin cumplir las exigencias e información, debemos entender que se produce un daño moral derivado de la violación del derecho de autodeterminación y autonomía y que debe valorarse como tal, un daño moral²⁴⁰.

4.2.7.3.3 El supuesto de la asistencia médica correcta

Por último, abordaremos los supuestos en los que se presta una asistencia médica de forma correcta, sin desviarse de la *lex artis* desde el punto de vista estrictamente médico, pero sin embargo, al paciente no se le ha informado.

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 2 noviembre 2011. RJ 2012\1727.

²⁴⁰ Guerrero Zaplana, J. “Responsabilidad y consentimiento informado” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013. Página 159.

Para ilustrar estos casos tenemos la Sentencia de la Sala Tercera de 10 de febrero de 2009, que resuelve sobre un caso de una persona con quemaduras importantes que precisó de múltiples intervenciones, debiendo ser intervenida en diferentes ocasiones, concluyendo la última de ellas en la amputación de una falange de ambos pulgares, por necrosis. La sentencia admite que los médicos actuaron sin consentimiento del paciente (ya admiten que la actuación contradice la *lex artis*) entendiéndose que ocasionalmente las intervenciones con quemaduras graves complican mucho la posibilidad de obtener un consentimiento. Razona esta que ante determinadas circunstancias en las que se omite el consentimiento informado cuando es difícil obtenerlo como un caso de graves quemados, basándose sobre todo en que se consiguió la curación del paciente, no genera de por sí un derecho a indemnizar²⁴¹.

No es correcto relacionar de forma directa y exclusiva la responsabilidad patrimonial derivada de falta de asistencia a la corrección del tratamiento médico prestado al paciente que reclama y menos aún vincularlo a la curación efectiva del paciente. Hay muchos supuestos de tratamiento médico correcto en los que los incumplimientos de las exigencias de información y consentimiento deben dar lugar a la correspondiente indemnización, que deberá valorarse, conforme a las circunstancias concurrentes en cada caso²⁴².

²⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 101/2011 de 4 marzo. RJ 2011\2633. Fundamento de Derecho Tercero.

²⁴² ²⁴² Guerrero Zaplana, J. “Responsabilidad y consentimiento informado” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013. Página 162.

5. LA RESPONSABILIDAD POR ERRORES DE DIAGNOSTICO PRECONCEPTIVO O PRENATAL

Esta teoría, o mejor dicho, doctrina jurisprudencial arranca de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, definiendo los “*cursos causales no verificables*” aquellas hipótesis en que la causalidad posible existente entre dos hechos: un comportamiento humano en forma de acción u omisión y la ocurrencia de un resultado lesivo o dañoso, no sea susceptible de demostración científico-natural)²⁴³. Es una orientación que se utiliza para declarar probada esa relación de causalidad, proveniente del derecho norteamericano, siendo conocidos como las acciones de “*Wrongful birth*”, “*Wrongful life*” y “*Wrongful conception*”:

- Las acciones de “*Wrongful Birth*”: Este término viene a ser traducido como “nacimiento injusto”. Son acciones generalmente emprendidas por padres que alegan que, al no haberse detectado o no haberseles informado en momento oportuno sobre la posibilidad de que la madre concibiese a un niño con malformaciones, se les habría privado de la oportunidad de adoptar una decisión informada sobre el continuar o no con el embarazo.
- Las acciones de “*Wrongful life*”: El término significa “*vida injusta*”. Se tratan de acciones ejercitadas generalmente por el hijo demandante, argumentándose que de no haber sido por el consejo médico inadecuado, no habría nacido para experimentar el sufrimiento propio de su enfermedad y la crudeza de su vida. En estos casos, de forma general se actúa en nombre y representación del hijo demandante, porque para que pudiera ejercitarla el propio niño es preciso que se tratase de una relación contractual en un niño con madurez suficiente, o que la constatación del daño tuviese lugar en su mayoría de edad²⁴⁴.
- Las acciones de “*Wrongful conception*”: Podemos traducir el término como “*concepción injusta*”. Se plantea la demanda de responsabilidad por parte de uno o ambos progenitores ante el nacimiento de un hijo no deseado, tratando de evitar dicho nacimiento. El niño nacería sano (es lo que diferencia estas acciones del resto) siendo precisamente el hecho del nacimiento no deseado, el fundamento del daño sobre lo

²⁴³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 mayo 1986. RJ 1986\2452. Fundamento de Derecho Tercero.

²⁴⁴ Macía Morillo, A. “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Página 81.

que se establece la demanda, reclamando la indemnización por los gastos que acarrea el nuevo miembro de la familia, y en algunas ocasiones el daño moral por dicho embarazo.

Para que podamos detectar si estamos ante un supuesto de *Wrongful birth* o “*Wrongful life*” es necesaria la existencia de cinco presupuestos²⁴⁵:

1) Un profesional médico informa erróneamente (acción) o no informa (omisión) a los padres sobre el estado del feto o los riesgos que lo amenazan: Tal conducta del médico priva a la gestante de la posibilidad de decidir, y podemos señalar 3 posibilidades de conducta²⁴⁶:

— El médico se equivoca en el diagnóstico, por lo que interpreta de forma incorrecta los resultados de las pruebas. Los padres reciben una información falsa acerca de la salud de su feto, privándoles de la posibilidad de optar por el aborto.

— El médico realiza de forma correcta el diagnóstico, pero no lo comunica de la forma debida a los padres, ya sea no comunicándolo o comunicándolo de forma tardía cuando ya no es posible interrumpir el embarazo al transcurrir el plazo legal.

— El médico no aconseja realizar pruebas de diagnóstico prenatal como la amniocentesis.

2) El feto padece una enfermedad desconocida o cuya cura no se conoce.

3) El mal o enfermedad pudo ser detectado: En el momento en que se pudo atisbar, existían los conocimientos científicos suficientes para detectarlo.

4) Los progenitores tenían la opción de interrumpir el embarazo: Nuestro Ordenamiento Jurídico permite el aborto al momento en que se produjo la información errónea u omisión de información. Un presupuesto básico para que este tipo de acciones tengan cabida, es que nuestro ordenamiento jurídico admita el aborto, independientemente de que sea reconocido como un derecho, una facultad o un elemento puramente

²⁴⁵ Macía Morillo, A. “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Páginas 70 a 74.

²⁴⁶ De Ángel Yáguez, R. “*Ante la cuarta sentencia de la sala primera en materia de wrongfull birth ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?*” Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada. ISSN 1134-7198, N.º 22, 2005, págs. 179-208. Bilbao, 2005. Página 181.

despenalizado. No es necesaria ni tan siquiera, una ley de plazos como la actual²⁴⁷ (por supuesto, más garantista para los derechos de la madre), basta con que se contemplase la posibilidad de interrumpir el embarazo en los casos de grave enfermedad o malformación del feto, algo que ya contemplaba nuestro Ordenamiento Jurídico desde el año 1985²⁴⁸, por lo que es obvio y lógico que hayan llegado a nuestros Tribunales este tipo de acciones de responsabilidad.

5) La concepción del hijo fue voluntaria: Los padres querían tener a ese hijo.

En resumen, debido a una actuación negligente por parte del médico, los padres carecían de una información fundamental, decisiva para el embarazo, pudiendo plantearse continuar (conscientes de la enfermedad no evitable de su futuro hijo) o bien optar por el aborto. Los elementos constitutivos de la responsabilidad son los que más complejidades arrojan sobre estos casos, el daño y la relación de causalidad. Es muy difícil determinar cuál es el daño a indemnizar y establecer el nexo causal entre ese daño y la conducta del médico.

5.1 NACIMIENTO NO DESEADO DE UN NIÑO SANO. ACCIONES DE “WRONGFUL CONCEPTION”

Son supuestos en los que uno o ambos progenitores interponen una demanda de responsabilidad ante el nacimiento de un hijo que no se habían planteado tener, intentando evitar que este tuviera lugar.

El principal dato que diferencia a esta acción del resto es que el niño nace sano, lo que constituye el hecho de la demanda es el nacimiento de un niño no deseado, exigiéndose una indemnización por los gastos que supone el nuevo miembro de la familia y en ocasiones se reclama el daño moral por el embarazo no deseado.

²⁴⁷ Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁴⁸ Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de reforma del artículo 417 bis del Código Penal (derogada).

5.1.1 TIPOLOGÍA DE CASOS

Podemos distinguir 4 tipos, ciñéndonos al estudio realizado por Macía Morillo²⁴⁹:

- Práctica de una intervención de esterilización tras la cual se produce el nacimiento de un niño sano: Hablamos de cirugías de ligadura de trompas, histerectomía o vasectomía. En este tipo de actos existen dos supuestos:
 - La práctica negligente de la operación de esterilización
 - La omisión de la información al paciente sobre los riesgos de fracaso de la intervención²⁵⁰ o sobre el tratamiento o cuidados necesarios posteriores a la intervención, tendentes a garantizar el resultado perseguido²⁵¹.

Se intensifica el deber de información en el contexto de una asistencia médica que se pueda acercar a una obligación de resultado, como podemos apreciar en la doctrina y jurisprudencia concediendo la indemnización, si se aprecia que la esterilización fue desarrollada conforme a la *lex artis*, sin embargo, en los casos en los que es evidente un diligente cumplimiento de la obligación de información y de la intervención se deniega la acción de *wrongful conception*²⁵².

- Uso de métodos anticonceptivos que no producen el resultado esperado de impedir el embarazo: La responsabilidad se puede plantear en dos supuestos distintos que a su vez están relacionados con dos grupos de sujetos diferentes:
 - La concepción se produce por un defecto del método anticonceptivo: En estos supuestos se puede reclamar la responsabilidad al fabricante y al resto de sujetos a los que hace responsables²⁵³. A modo de ejemplo, situándonos en el año 1999, una mujer interpone demanda frente al servicio sanitario público y frente al productor del DIU que le habían implantado, tras haber sufrido un

²⁴⁹ Macía Morillo, A. “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Páginas 53 a 59.

²⁵⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 octubre 1995. RJ 1995\7403. Fundamento de Derecho Segundo.

²⁵¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 531/1998 de 5 junio. RJ 1998\4275. Fundamento de Derecho Tercero.

²⁵² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 447/2001 de 11 mayo. RJ 2001\6197.

²⁵³ Artículos 132 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

embarazo no deseado. Fue condenado finalmente, al no haberse presentado al proceso²⁵⁴. Se aplicó la Ley 22/1994²⁵⁵, actualmente derogada por la Ley de Consumidores del año 2007²⁵⁶.

- El profesional sanitario aplica mal un anticonceptivo eficaz.
 - El profesional prescribe un método anticonceptivo inadecuado para el paciente:
 - El profesional prescribe como método anticonceptivo un medicamento que careciera de tal virtud.
 - El profesional no prescribe método anticonceptivo alguno: Es debido a la creencia de que no era necesario impedir el embarazo, al estimarse una situación de esterilidad.
- Interrupciones de embarazo fallidas: Se tratan de supuestos en los que una mujer se somete a una intervención de interrupción voluntaria del embarazo, y a pesar de ello, no obtiene el resultado esperado, fruto de negligencias del médico o médicos intervinientes, y finalmente el niño termina naciendo. Algunos autores consideran que estos casos están a medio camino con los supuestos de “*wrongful birth*” o “*wrongful life*” ya que entra en juego la facultad de abortar²⁵⁷, pero aunque pueda compartir
- Embarazos no detectados con anterioridad al transcurso del plazo fijado legalmente para la interrupción voluntaria del embarazo: En estos casos se reclama la responsabilidad al profesional, cuando se produce el nacimiento, al no haber podido optar la gestante por una aborto. Es un supuesto que se asemeja mucho con la tipología de casos que motivan las acciones de “*wrongful birth*” y “*wrongful life*”, con la diferencia de que no se trata de un aborto embriopático.

²⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 766/1999 de 24 septiembre. RJ 1999\7272.

²⁵⁵ Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. (Derogada).

²⁵⁶ Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

²⁵⁷ Martin Casals, M.; Solé Feliu, J. “*Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos* “. InDret 03/2001. InDret Privado Revista para el Análisis del Derecho N°4 - 2021 - ISSN 1698-739X Página 3.

5.1.1.1 Nacimiento de un niño con defectos o enfermedades

La responsabilidad se reclama por el nacimiento de un niño enfermo, pero a diferencia del resto de casos que podemos encontrarnos, la concepción del niño en cuestión, si ha sido deseada pero no en las condiciones que ha nacido. Dentro de estos supuestos encontraríamos 3 diferenciaciones que conviene explicar por separado, ciñéndonos a la explicación que de los mismos realiza Macía Morillo²⁵⁸, siendo expuestos a continuación.

5.1.1.2 Responsabilidad por causación directa e indirecta del daño

En estos casos, se produce el nacimiento de un niño con algún tipo de enfermedad o malformación debida a la actuación de un determinado agente físico (profesional sanitario o no) anterior al nacimiento (lesiones prenatales) o incluso, anterior a la concepción (lesiones preconceptivas).

La principal característica que podemos encontrar en estos supuestos es que la actuación del agente productor del daño es la razón por la que el niño no ha nacido sano. Estas actuaciones podemos encuadrarlos dentro del grupo de delitos de lesiones prenatales y de manipulación genética del Código Penal²⁵⁹. La acción del agente productor del daño puede producirse en tres momentos diferentes: antes de la concepción, durante el embarazo y en el parto:

- Daños previos a la concepción: Conviene hacer una diferenciación según si la reproducción es natural, o mediante técnicas de reproducción asistida:
 - Reproducción natural: Estos casos son planteados contra la actuación de un tercero que altera de alguna forma las condiciones físicas de los progenitores, impidiéndoles concebir un descendiente sano.
 - Reproducción asistida: Si se emplean estas técnicas (fecundación *in vitro*, tratamiento de *inseminación artificial* o la *transferencia intratubárica de gametos*), las reclamaciones se pueden producir por cualquier actuación de los agentes médicos, en lo relativo a la conservación o manipulación del material reproductor, que ocasiona daños a éste o al preembrión ya fecundado²⁶⁰.

²⁵⁸ Macía Morillo, A. “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Página 60 a 76.

²⁵⁹ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos 159 a 162.

²⁶⁰ Pantaleón Prieto, A.F. “Procreación artificial y responsabilidad civil” en “La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, 1988). Editorial Trivium. Madrid, 1998. Páginas 245 a 348.

- Daños durante el embarazo: Los daños reclamados pueden haber sido producidos tanto por acción, como por omisión:
 - Supuestos de comportamientos activos: Si interviene un profesional sanitario, el daño suele provenir de una actuación que altera de forma directa o indirecta el desarrollo del embrión o feto. De ser un sujeto ajeno al ámbito médico quien interviene, los daños suelen ser planteados por traumatismos sobre el embrión o feto.
 - Supuestos de comportamientos omisivos: Las reclamaciones suelen versar acerca de embriones o fetos que padecen una enfermedad y que no fuesen tratados *in útero*, siendo una curación posible conforme los conocimientos técnicos y científicos del momento (hay supuestos en los que la cirugía prenatal tiene cabida).
- Daños causados durante el parto: Los daños pueden provenir por el empleo de determinado instrumental (como por ejemplo los *fórceps*), o la omisión de determinadas comprobaciones (comprobar si el feto tiene el cordón umbilical enrollado alrededor del cuello con posibilidad de estrangularlo). La gran mayoría de agentes productores de estos daños son profesionales médicos.

En todos estos casos, la reclamación de responsabilidad la pueden ejercitar los progenitores o el propio niño que ha sufrido el daño, siendo muy curioso el segundo caso, porque el daño se centra en la lesión a su salud o integridad física y es muy complejo probar el curso causal de los acontecimientos desde la actuación del agente sanitario hasta los daños producidos en el niño porque no siempre es evidente el nexo de causalidad.

5.1.1.3 Acciones de responsabilidad por procreación irresponsable. Defectos o enfermedades causadas por los progenitores

Al igual que en los supuestos expuestos anteriormente, la jurista Macía Morillo los divide en cuatro posibles variables que a su vez, plantean problemas diferentes²⁶¹:

- Causación directa del daño: En estos casos, el supuesto de hecho coincide en que nace un niño con una patología que podría haberse evitado, siendo el causante de los daños uno de los progenitores. Tienen mucha relación con las acciones de *wrongful life*, con la diferencia de que la demanda está dirigida contra los padres, no contra un facultativo. Hay diferentes actos que producen el daño y que debemos señalar:
 - La enfermedad o defecto se debe a una agresión sobre la madre embarazada realizada por el padre: Al margen de la posible reclamación de responsabilidad de la mujer por sus lesiones, el niño podrá reclamar frente al progenitor. Si la gestante tiene una conducta irresponsable y realiza actividades de riesgo (laborales o de ocio) o desarrolla ciertos hábitos de comportamiento que dañan al niño concebido nos sitúa en un terreno complicado: intereses de la madre por un lado, los del *nasciturus* por otro. En estos casos no hay una conducta penalmente típica, estando dentro del ámbito del riesgo permitido, de lo contrario podría suponer una injerencia sobre la autonomía, privacidad e integridad física de la mujer.
 - La enfermedad o defecto podría ser curada antes del nacimiento pero la madre no presta consentimiento para la intervención: Esa intervención la hace sobre su propio cuerpo, pero también sobre el del *nasciturus*. La reclamación de responsabilidad del hijo se enfrenta a los intereses y derechos de la mujer, lo cual es complejo de resolver.
 - La enfermedad o defecto es debida a una enfermedad o predisposición genética que afecta a uno o a ambos progenitores, conocida por el afectado antes de la concepción: La reclamación de responsabilidad la puede efectuar el propio niño o el progenitor afectado en la medida que desconozca el problema.

²⁶¹ Macía Morillo, A. “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005. Páginas 66 a 70.

- Causación indirecta del daño: Estos supuestos tienen lugar cuando la enfermedad o malformación no la causan los progenitores, sino que es producida por sucesos naturales o la actuación de otro sujeto pero, constatada su presencia los padres deciden llevar a cabo la concepción o continuar el embarazo. Imaginemos un caso en el que el diagnóstico preconceceptivo/prenatal revela un defecto o enfermedad en el feto o un riesgo sobre la descendencia futura, y sin embargo, los progenitores deciden continuar con el embarazo o concebir al niño. En todos los casos, el niño reclama el daño por su mero hecho de existir (ya que no habría nacido sano), acercándonos a los supuestos de *wrongful life* (pero aquí se encuentra cualificado por el demandado).

La reflexión que nos deja este supuesto es si el niño puede exigir o no responsabilidad a los padres por la decisión de concebir o no abortar, teniendo en contra la fundamentación de la libertad de procrear y de abortar de la gestante, por lo que no existe un comportamiento antijurídico²⁶².

- Causación mediata del daño: Se tratan de circunstancias a causa de que los padres, portadores de un defecto genético o enfermedad hereditaria del que son conscientes, llevan a cabo la concepción mediante técnicas de reproducción asistida, asumiendo el riesgo de que el niño nazca enfermo. Es el médico quien crea las condiciones por las que el niño contrae tal enfermedad, pero el origen del problema está localizado en el material genético y en la decisión que adoptan los progenitores.

Es el niño quien reclama frente a los progenitores (respecto al médico, es un caso igual al de la causación directa del daño) se acerca a los supuestos de *wrongful life*, ya que están basados en el mismo hecho de estar vivo.

La principal diferencia es que el demandado es el progenitor, aunque de nuevo, no existe un comportamiento antijurídico porque las técnicas de reproducción asistida no excluyen la libre decisión de los usuarios de estas técnicas sobre la asunción de riesgos. Conviene señalar que en casos extremos, la conducta puede ser constitutiva de un delito de manipulación genética²⁶³.

- Casos de vida insatisfactoria (*disadvantaged* o *dissatisfied life*): Estos casos surgen de una demanda de responsabilidad interpuesta por el niño frente a sus progenitores

²⁶² Emaldi Cirón, A. “*La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos*”. La Ley, 2001 (5), D-142. Páginas 1603 a 1612.

²⁶³ Tipificado en el Artículo 159.1 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

por el mero hecho de haber nacido bajo unas circunstancias familiares sociales desventajosas.

No hay un sufrimiento causado por malformaciones o enfermedades, pero el demandante equipara sus condiciones de vida a estas, reclamando que se le haya privado de una vida digna. Este tipo de demanda es rechazada de forma mayoritaria ya que de admitirse, abriría las puertas a una deriva jurídica marcada por la “*aporofobia*”.

5.1.1.4 Acciones de *wrongful birth* y *wrongful life*

Estas acciones parten del comportamiento de un facultativo que tras haber errado u omitido algún dato, en el diagnóstico sobre el estado enfermo o discapacitado físico o psíquico de un *nasciturus*, sobre los riesgos que amenazan a los *concepturi*. En definitiva, informa a los padres de la inexistencia de peligros o riesgos, o directamente no informa de ellos.

Tanto en las acciones de *wrongful life*, como en las acciones de *wrongful birth*, por acción u omisión, la conducta del médico impide a los progenitores que conozcan antes del transcurso del plazo legalmente fijado para interrumpir voluntariamente el embarazo antes de la concepción del niño, los males que afectan o amenazan a la descendencia futura.

Este supuesto de hecho precisa, que la enfermedad o mal que padezca el niño no tenga remedio o cura conocido (con los conocimientos científicos del momento e indicios presentes en el paciente), habiendo permitido a los progenitores decidir entre evitar la concepción o interrumpir el embarazo para impedir el nacimiento del niño enfermo. Todo ello, hace que los padres se vean privados de una información imprescindible y fundamental para decidir sobre su procreación. Tienen una idea errónea de que no hay problemas para concebir o que el embarazo transcurre sin incidencias, y siguen adelante con su decisión de tener a ese bebé.

Cuando nace ese bebé y se confirma la existencia de esa patología de la que se debió informar a los padres, se abre la posibilidad de una reclamación de responsabilidad frente al facultativo: 1) por el daño sufrido por los progenitores (*wrongful birth*); 2) por el daño que sufre el niño (*wrongful life*). La diferencia respecto a los supuestos que preceden en los apartados anteriores es que en estas acciones no se exige una responsabilidad por causar el daño al niño, sino por la no advertencia del mal a los padres.

Hay cuatro situaciones típicas que motivan las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*:

- Diagnósticos preconceptivos: Cuando una pareja acude a un médico antes de la concepción, para averiguar si hay riesgos que amenacen a un posible feto. El profesional no advierte de la existencia de enfermedades genéticas, hereditarias o transmisibles que puedan afectar al desarrollo del futuro ser. En España, el aborto está despenalizado, por lo que la privación del derecho a abortar equivale a plantear un consejo preconceptivo erróneo²⁶⁴.
- Diagnósticos preimplantatorios: Aquí, la falta de información se produce en un contexto de un procedimiento de reproducción asistida (fecundación *in vitro*, inseminación artificial ...) El médico no informa de los defectos presentes en el material genético que ha de emplearse en el preembrión fecundado.
- Diagnósticos prenatales: En estos casos, la conducta del médico priva de información a los padres durante el transcurso del embarazo, sobre el estado de salud del feto.
- Diagnósticos indirectos: Nos encontramos ante situaciones en las que se priva de información acerca de los malos que amenazan a la descendencia futura o ya concebida en un contexto de asistencia médica no centrada en la descendencia, sino en uno de los progenitores. Se produce cuando, en virtud de la asistencia que se desarrolla sobre un sujeto, el profesional descubre un riesgo que puede afectar a la descendencia futura, no informándose al paciente atendido. Ejemplo de ello es emitir un diagnóstico erróneo sobre enfermedades presentes en descendientes anteriores con trascendencia para los hijos que se tengan en el futuro, así como el de un sujeto sometido a un consejo genético no relacionado con la reproducción. Son los denominados “*descubrimientos inesperados*”, en los que se debe informar al paciente de estos siempre que tengan carácter médico, excepto si manifiesta lo contrario²⁶⁵.

Las diferencias que mantienen estas acciones con las de *wrongful conception*, es que en estos casos nos encontramos ante el nacimiento de un niño enfermo y no sano, como en aquellas. Sumado a lo anterior, mientras que en las acciones de *wrongful conception* la reclamación se

²⁶⁴ Pantaleón Prieto, A.F. “*Procreación artificial y responsabilidad civil*” en “*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, 1988*” ISBN 84-86440-83-1. Editorial Trivium. Madrid, 1998. Páginas 245 a 348. Página 268.

²⁶⁵ De Sola Llera, C. “*Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)*”. Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada. ISSN 1134-7198, Nº 1, 1994. Páginas. 179 a 190. Página 184.

fundamenta en el hecho de producirse una concepción no deseada, en el resto de las acciones se basa en la voluntad de concebir o seguir adelante con el embarazo.

En cuanto a su diferenciación con las demandas de responsabilidad por lesiones prenatales, en aquellas es el comportamiento del médico lo que empeora el estado de salud del *nasciturus* o los riesgos que amenazan al *concepturus*, y de no ser por este, el niño habría nacido en perfectas condiciones de salud. En las acciones de *wrongful birth* y *wrongful life* las enfermedades o defectos que padece el niño no tenían solución antes del nacimiento y las únicas alternativas para impedirlo eran la interrupción del embarazo o no haberlo concebido.

La diferenciación apreciable respecto a los casos de *disadvantaged* o *dissatisfied life* es que en estas el supuesto de hecho que motiva la demanda es nacer en circunstancias sociales complicadas, mientras que en las acciones de “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” la motivación es el hecho de la enfermedad o defecto físico/psíquico sufrido por el niño.

El punto clave que distingue estas acciones respecto las de *procreación irresponsable*, es que mientras en estas el sujeto pasivo de la reclamación son los progenitores, en las acciones de “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” será el facultativo.

Expuestas las diferencias, podemos hacernos una idea del tema a tratar, procediendo a hablar de las acciones “*wrongful birth*” y “*wrongful life*” en los siguientes apartados que nos siguen.

5.2 ACCIONES DE “WRONGFUL BIRTH”

Las acciones de “*Wrongful birth*” son aquellas en la que los padres del niño nacido con patologías interponen demanda de responsabilidad contra el médico, alegando que, al no haberse detectado o no haberseles informado de la posibilidad de que la madre diese a luz una criatura con esas malformaciones o enfermedades congénitas inevitables, privándoles de la posibilidad de adoptar una decisión informada sobre si dan lugar o no al nacimiento²⁶⁶.

²⁶⁶ Tomillo Urbina, J. “Responsabilidad por daños al inicio de la vida: las acciones *wrongful birth* y *wrongful life*” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “*Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II*”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013. Página 254.

5.2.1 CONDUCTAS GENERADORAS DE DAÑOS EN SUPUESTOS DE “WRONGFUL BIRTH”

En el contexto español, los casos sobre los que se ha pronunciado nuestro Alto Tribunal son sintetizados por Tomillo Urbina en tres conductas subyacentes²⁶⁷:

- Negligencia en el diagnóstico: El médico emite un diagnóstico equivocado sobre la mujer embarazada. El error consiste en no descubrir la enfermedad congénita del feto y los padres, fruto de ello, reciben la defectuosa información de que el feto está sano, privándoles de tener las ideas claras para tomar una decisión de abortar, por ende, se les está privando de la facultad de hacerlo dentro del plazo legalmente establecido.
- Negligencia en la información: El médico no falla en el diagnóstico, pero comete errores en el suministro de la información. No se comunica en la debida forma a los padres o lo hace extemporáneamente cuando ya no hay posibilidad de recurrir al aborto porque ha transcurrido el plazo legal. La autonomía del paciente y el consentimiento informado, y la garantía de los mismos, forman parte de las obligaciones de diligencia que componen la *lex artis ad hoc*. El profesional además de atender los estándares de diligencia tiene la obligación de informar, constituyendo una mala praxis según nuestra jurisprudencia si se omitiera.
- Negligencia en el consejo: El médico no aconseja sobre la conveniencia de llevar a cabo un diagnóstico prenatal. El error no es diagnosticar de forma defectuosa ni comunicarlo erróneamente, ni siquiera ha habido diagnóstico.

Recordemos que todos estos casos comparten unas circunstancias objetivas a tener en cuenta, y fueron mencionadas al inicio de este apartado: 1) No hay cura para la enfermedad o anomalía que sufre el feto; 2) El mal, enfermedad o anomalía del feto pudo haber sido detectada con los conocimientos del momento; 3) Los progenitores, de haber conocido la anomalía habrían optado por el aborto; 4) La concepción del hijo es voluntaria.

²⁶⁷ Tomillo Urbina, J. “Responsabilidad por daños al inicio de la vida: las acciones wrongful birth y wrongful life” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013. Página 256 a 258.

Para poder establecerse donde se ha producido el daño, en primer lugar, debemos determinar el bien jurídico protegido, que sirve de base para establecer quien ostenta la legitimación activa para iniciar la acción, teniendo una posición clave la determinación de las características de este, si es un daño moral o patrimonial.

La identificación del daño en relación con el bien jurídico protegido por nuestro Ordenamiento Jurídico tiene 6 vertientes, o mejor dicho, 6 posiciones doctrinales, ciñéndonos a lo expuesto por la Jurista Toral Lara, ante cuyo trabajo basaré mi análisis de estas a continuación²⁶⁸:

- 1) Identificación del daño con el nacimiento de un hijo discapacitado: Algunas corrientes llegan a afirmar que el daño que esconden estas acciones es el nacimiento de un hijo enfermo, algo que de por sí no es un daño. El Tribunal Supremo niega esta equiparación del daño al nacimiento del hijo²⁶⁹.

Solamente ha habido una ocasión, en la que se ha identificado el daño con el nacimiento de un ser discapacitado, como ha sido la STS de 6 de junio de 1997, la primera en la que concede la indemnización por este motivo, con una consideración hacia las personas con síndrome de Down totalmente anacrónica a día de hoy²⁷⁰. Al margen de la improcedencia de calificar el Síndrome de Down, como “*mongolismo*” y descalificativos que a día de hoy nos parecen propios de otro tiempo, esta sentencia abre un melón peligroso, de tipo eugenésico, no muy lejano de la consideración que tenía la Alemania del III Reich sobre las personas con discapacidad (de sobra conocidas las atrocidades cometidas contra este colectivo, entre muchos otros), es contrario al Derecho Fundamental a la dignidad de la persona²⁷¹, así como la actual Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁷² que considera la discriminación a una persona por su discapacidad como una vulneración de la dignidad del ser humano. No podemos admitir que en las acciones de *wrongful*

²⁶⁸ Toral Lara, E. “*Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 261 a 270.

²⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 531/1998 de 5 junio. RJ 1998\4275. Fundamento de Derecho Tercero.

²⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 495/1997 de 6 junio. RJ 1997\4610 Fundamento de Derecho Tercero.

²⁷¹ Recogido en el Artículo 10 de la Constitución Española.

²⁷² Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en el año 2006.

birth se reclame la indemnización del daño, entendiendo este como el nacimiento de un ser humano.

- 2) Identificación del daño con la facultad de autodeterminación de la mujer: Es una posibilidad que tiene cabida en nuestro Ordenamiento Jurídico. El bien jurídico protegido es el derecho de autodeterminación de la mujer, como reseña el Tribunal Constitucional en la STC de 11 de abril de 1985²⁷³, como manifestación de la dignidad de la persona ligado al desarrollo de la personalidad, habiéndosele privado a la mujer de la facultad de optar por interrumpir el embarazo. Posteriormente, el Tribunal Supremo también lo ha entendido de este modo²⁷⁴. Una escasa información a la mujer es requisito para reconocer una vulneración de la facultad de autodeterminación de la mujer, fundamentando los casos que analizaremos a continuación.
- 3) Identificación del daño con la privación a la madre de la facultad de abortar: Esta identificación del daño es el quid de la cuestión. A pesar de que en la Sentencia del Tribunal Supremo se califica como daño causado el nacimiento de un niño con Síndrome de Down²⁷⁵, y en todo caso, el único daño existente (si es indemnizable o no, debemos valorarlo de forma separada) es haber arrebatado a la madre la posibilidad de abortar en los plazos y condiciones establecidos legalmente. Esa visión de la desafortunada Sentencia de nuestro Alto Tribunal no debería haberse detenido en considerar el nacimiento de un hijo (minusválido o no), como un daño causado por la negligencia médica²⁷⁶. La malformación del feto se descubre cuando esa vida es todavía dependiente de la madre, siendo ella quien tiene la facultad legítima de valorar si su embarazo llega o no a buen término, sumado a los intereses de la mujer que está concibiendo un hijo, que debe tener capacidad para decidir, si trae al mundo a ese niño o no. Es una alternativa, que no va ligada a la indicación eugenésica, poniendo el acento en el perjuicio de un hijo que ya no es deseado para la mujer, siendo su salud

²⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 53/1985 de 11 abril. RTC 1985\53.

²⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 1002/2005 de 21 diciembre. RJ 2005\10149.

²⁷⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 495/1997 de 6 junio. RJ 1997\4610.

²⁷⁶ Díez-Picazo Jiménez, G. “*La imposibilidad de abortar un supuesto más de responsabilidad civil*”. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N.º 3, 1998. Páginas. 1700-1710.

integral y su proyecto vital, lo que resulta afectado²⁷⁷. Esto lo corroboran nuestros Tribunales, en aquellos casos de nacimientos de hijos con malformaciones o graves enfermedades detectables durante el embarazo, en los que la mujer no pudo decidir debido a una negligencia diagnóstica, tanto en el ámbito civil como el contencioso-administrativo atienden a este tipo de reclamaciones mediante un resarcimiento económico por el daño patrimonial generado por los gastos relativos al cuidado extraordinario del hijo y mediante un resarcimiento moral. Si la interrupción del embarazo está despenalizada, con la consecuente facultad de abortar que se deriva de ello, tenemos el fundamento necesario para considerar como daño, la privación de la facultad de hacerlo. Como hemos podido comprobar, las sentencias dictadas por la Sala Primera que mencionamos anteriormente eran anteriores a la actual Ley del Aborto, que contempla los plazos, con la simple despenalización (aunque sólo sea válido en determinados supuestos) sirve para reconocer la existencia de daño.

- 4) Identificación del daño con el incumplimiento del deber de información por parte del agente: La información del médico es preceptiva para que el paciente pueda tomar una decisión libre y voluntaria, barajando todas las opciones posibles que la ciencia médica pueda ofrecerle, incluso decidiendo de forma legítima, no someterse a ningún tratamiento o intervención. Básicamente el ser humano puede escoger entre las diferentes opciones vitales que se le ofrezcan, como manifestación de su particular predisposición y especial voluntad, así lo entiende nuestro Tribunal Constitucional²⁷⁸ en consonancia con los Derechos Humanos²⁷⁹. El Tribunal Supremo por su parte, considera el derecho a recibir información médica como una manifestación sustancial del derecho a la libertad personal, a decidir por uno mismo en lo concerniente a la propia persona y a la propia vida, por lo tanto, es consecuencia necesaria de la autodisposición individual sobre el propio cuerpo²⁸⁰.

²⁷⁷ Arroyo Zapatero, L.A. “*La indicación eugenésica*”: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ISSN 0210-1076, N.º. Extra 11, 1986 (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa). Páginas 47 a 60. Página 58.

²⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 53/1985 de 11 abril. RTC 1985\53.

²⁷⁹ Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

²⁸⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 447/2001 de 11 mayo. RJ 2001\6197. Fundamento de Derecho séptimo.

Bien, teniendo claro que la vulneración del deber de información en sí mismo ya es una vulneración del contenido de la *lex artis*, considero importante expresar los dos tipos de información que distingue Llamas Pombo²⁸¹:

- La información que tiene o puede tener un significado o incidencia terapéuticos sobre el estado general del paciente: Si se vulnera esta información hay una infracción directa de los deberes de la *lex artis*, cuya consecuencia puede implicar el fracaso del diagnóstico o tratamiento.
- La información que permite al paciente emitir un consentimiento adecuado para la intervención sobre su propio cuerpo: Afecta a los supuestos que aquí estamos tratando, la vulneración del deber de información del médico, que vicia de nulidad el consentimiento informado. Se le debe proporcionar a la paciente la información más completa sobre su estado, informando de la conveniencia de otras alternativas de diagnóstico o tratamiento. Si el médico, por ejemplo, se guarda para sí mismo datos relevantes sobre la posibilidad de realizar otras pruebas diagnósticas estaría tomando decisiones unilaterales sobre unos métodos diagnósticos con exclusión de otros, vulnerando el derecho de información de la paciente²⁸².

El daño en una información médica insuficiente es producido con la independencia de que exista la facultad o derecho de interrumpir voluntariamente el embarazo por parte de la mujer. Vulnerar el derecho a una información médica adecuada y tempestiva constituye un daño moral en sí mismo, sin precisar de la existencia de un derecho a la interrupción del embarazo y sin plantearse el problema de determinar cual habría sido la voluntad final de la mujer con respecto a la interrupción²⁸³. Esto tiene un inconveniente para la paciente, y es que la vulneración del derecho a la

²⁸¹ Llamas Pombo, E. “*Un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005*”. Revista Práctica de Derecho de Daños. Número 32. Sección editorial. Noviembre de 2005. Versión online. Páginas 2 y 3.

²⁸² Llamas Pombo. “*Un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005*”. Revista Práctica de Derecho de Daños. Número 32. Sección editorial. Noviembre de 2005. Versión online. Página 3.

²⁸³ Toral Lara, E. “Toral Lara, E. “*Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 265 a 267.

información médica relevante sólo justifica por sí misma el resarcimiento del daño moral, no de todo el daño patrimonial.

- 5) Identificación del daño con la imposibilidad de suficiente preparación psicológica ante el nacimiento de un hijo con discapacidad: Hablamos de otras ocasiones, en las que se considera que el daño radica en la falta de preparación psicológica para enfrentarse al nacimiento de un hijo discapacitado, por lo que de haber una tardía detección del problema, o si este no se detecta hasta el nacimiento por realizar las pruebas defectuosamente, o por ausencia de información de la necesidad de practicarlas, o con una tardía comunicación del resultado de las pruebas prenatales, el impacto psicológico es mayor por la falta de margen para adaptarse a la situación, o adoptar las medidas necesarias para adaptarse a ella.

Nos encontramos en el ámbito del daño moral, íntimamente relacionado con el supuesto del daño producido por la falta de información, ya que esto fue lo que ha privado a la madre de la información suficiente para poder afrontar la situación desde el comienzo de su embarazo. Al igual que en los supuestos anteriores, podemos considerar indemnizable el daño moral inclusive en el supuesto de que la mujer no tuviera opción a interrumpir el embarazo, pero es más complicado el resarcimiento del daño patrimonial. Incluso cuando no se considere probada la relación de causalidad entre la actuación del agente y la realidad de la posterior decisión de interrumpir el embarazo por parte de la mujer, existiría un auténtico daño moral a indemnizar²⁸⁴.

La gravedad del daño, si ha sido causado por una insuficiente información se podría modular en relación con la decisión que habría tomado la mujer sobre la interrupción del embarazo, lo que no deja de ser complicado al a hora de cuantificar la gravedad del impacto psicológico y en la prueba de cual habría sido la decisión de la mujer, si hubiese tenido información adecuada sobre el estado del feto:

- Si la decisión de la madre hubiera sido la interrupción del embarazo: Tendría un impacto psíquico muy fuerte, porque la madre se enfrenta a una situación que no estaba dispuesta para afrontar, ni se encuentra con capacidad para hacerlo.

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 1002/2005 de 21 diciembre. RJ 2005\10149. Fundamento de Derecho séptimo.

- Si la decisión de la madre hubiera sido contraria a la interrupción del embarazo: El impacto psíquico queda limitado al elemento temporal, por escasez de tiempo para prepararse mejor para afrontar la situación que debe asumir.

No considero que el debate deba centrarse tanto en probar la decisión de la madre, de hecho, asumiría como apropiada, la tesis que defiende Galán Cortés, estableciendo un curso causal normal considerando que si una madre acude a un diagnóstico prenatal ya constituye un indicio suficientemente significativo de que habría abortado de haber conocido la enfermedad del feto (teniendo en cuenta también, que hay ocasiones en las que la gestante ni siquiera es informada de la posibilidad de realizar estas pruebas), por lo que en estos supuestos debe producirse una inversión de la carga de la prueba, teniendo que demostrar el médico que la madre no habría abortado, no dejando de ser controvertido además aplicar esa teoría de la causalidad hipotética si la identificación del daño se basa en eventos que no requieren que la madre hubiese interrumpido el embarazo, (indiferente la actitud de la misma al respecto), lo que sucede cuando el objeto de la reclamación lo constituye solo el daño moral directo causado por la falta de preparación psicológica para el alumbramiento de un hijo con graves malformaciones o discapacidades²⁸⁵. A modo de ejemplo, en el año 2006, se formuló una demanda de responsabilidad por los padres de una niña que nació con graves malformaciones neurológicas, no detectadas durante la gestación, privándoseles de optar por la interrupción del embarazo dentro del plazo legal, recayéndole al médico la carga de probar que la decisión de la gestante habría sido la misma si, tras un diagnóstico certero, hubiera sido adecuadamente informada de las malformaciones al feto²⁸⁶.

- 6) Identificación del daño con la integridad patrimonial: Es indudable que la integridad patrimonial de los padres también se ve afectada en estos casos. Un hijo con algún tipo de enfermedad o malformación congénita necesita una crianza especial, y esa crianza especial conlleva gastos. Por tanto, existe un auténtico daño patrimonial al lesionarse ese bien jurídico. Pero, como en el supuesto anterior, el resarcimiento de

²⁸⁵Galán Cortés, J.C. “Responsabilidad Civil Médica”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016. Página 567.

²⁸⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30 junio 2006. RJ 2006\6580. Fundamento Jurídico Cuarto..

ese daño patrimonial estaría condicionado a la posibilidad de que la mujer optase a interrumpir el embarazo.

Una vertiente del daño al patrimonio está fundamentada en el incremento de los gastos producidos por el nacimiento de un hijo con discapacidad o malformación, atendiendo al aumento proporcional que sufren si es algo totalmente imprevisto, porque se desconoce del estado de salud del hijo hasta el momento mismo del nacimiento o poco tiempo antes. La razón del incremento de los gastos es la falta de antelación para prevenir y planear las necesidades sobrevenidas, así como la falta de información en lo concerniente a la madre (no sospechaba ni por asomo que sus hijos tuviesen necesidades especiales). Por lo que no hay una doctrina unánime sobre cuál sería el daño indemnizable, excepto la consideración de que el nacimiento de un hijo discapacitado no sea entendido como un daño porque no es necesario, pudiendo indemnizarse por distintas partidas²⁸⁷.

El problema que mencionábamos anteriormente estriba en la consideración del daño, sumado a establecer el nexo causal entre la actitud del médico y el mismo (en el supuesto de haberlo). En las reclamaciones por errores en el diagnóstico, el médico puede escudarse en que no es seguro que la madre hubiera abortado si hubiese sabido la enfermedad congénita del feto²⁸⁸.

La negligencia médica radica en *una deficiente práctica de pruebas prenatales* que permitan detectar la enfermedad existente en el nasciturus, la *deficiente información cuando se detectó*, o directamente la *no realización de pruebas*, pero no es correcto exigirle una responsabilidad por causar la enfermedad o discapacidad ya sea por acción u omisión. Lo que puede parecernos algo totalmente lógico, ya que ningún médico tiene entre sus facultades la posibilidad de provocar que un niño nazca con Síndrome de Down, nuestro Tribunal tuvo que llegar a aclarar esta obviedad²⁸⁹.

La relación de causalidad en estas acciones proviene de la imposibilidad de optar por interrumpir el embarazo por parte de la mujer gestante. Por ello, la mayoría de las sentencias que llegan a conocer de estos casos proclaman la imposibilidad de determinar si la gestante

²⁸⁷ Vicandi Martínez, A. “La responsabilidad civil en el derecho sanitario: de los conflictos a los conceptos”. Tesis doctoral inédita. Universidad de Deusto, 2014. Páginas 930 a 935.

²⁸⁸ De Ángel Yágüez, R. “*Diagnóstico genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)*”. Revista de Derecho y Genoma Humano. Número 5, Julio-Diciembre de 1996. Universidad de Deusto, Bilbao. Páginas 141 a 156.

²⁸⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 581/2002 de 7 junio. RJ 2002\5216. Fundamento de Derecho Cuarto.

habría abortado realmente, de conocerse la enfermedad o deficiencia con la que iba a nacer su hijo. Es por ello, que gran parte de la doctrina denomina a los supuestos de los que nacen estas acciones “*cursos causales no verificables*” porque resulta imposible determinar con certeza cuál habría sido la actuación de la mujer en tal situación²⁹⁰.

5.3 ACCIONES DE “WRONGFUL LIFE”

En este tipo de acciones, la polémica está servida, porque en este caso no se reclama por haber nacido con defectos o enfermedades, se reclama por el mero hecho de haber nacido. Para el que ejerce estas acciones, preferiría no haber nacido nunca, dada la dificultad que le supone el mero hecho de estar vivo.

En estos casos, la prestación sanitaria es desarrollada antes del nacimiento del niño, por lo tanto, resulta complejo concebir una posible vinculación contractual entre el profesional médico y el *nasciturus* o *concepturus*. La responsabilidad por la que se le reclame este daño debería seguir la vía de la responsabilidad extracontractual (si tiene lugar en un contexto de medicina privada), o la vía de la responsabilidad civil de la Administración (si el daño se produce consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración). La doctrina por lo general se decanta por la consideración de una responsabilidad extracontractual, y no podemos opinar basándonos en premisas iuspositivistas definitivas al no contar con jurisprudencia destacable, ya que el Tribunal Supremo aún no ha abordado un verdadero caso de *wrongful life* a día de hoy.

Es muy complicado construir un vínculo contractual con anterioridad al nacimiento y a la adquisición de la personalidad del niño, y esa anterioridad es necesaria porque si se pretende exigir una responsabilidad contractual deben haber comenzado los efectos del contrato antes de ese momento, porque de no ser así no se puede plantear una reclamación contractual por el daño sufrido en un momento anterior (excepto que la asunción de esos daños se hubiese pactado). Otra observación que hace aumentar el abismo de la responsabilidad contractual es que para poder ejercitarse la acción de un niño mediante un vínculo contractual requeriría que este fuese parte contratante (contrato establecido con él o para él).

²⁹⁰ Toral Lara, E. “*Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014. Página 257.

En estas acciones se incrementan los dilemas y debates morales de forma inevitable, pero a pesar de ello, intentaremos mantener la óptica más iuspositivista y científica posible. En el centro de todo, la vida como daño, nos encontramos la barrera de la doctrina y jurisprudencia: la vida no puede considerarse como un daño. Para todo ello se refuerza el argumentario desde una triple percepción: 1) no puede calificarse como daño porque *la vida es un beneficio*; 2) los *valores sociales* niegan que la vida sea un daño; 3) de existir, *el daño no puede cuantificarse*. Para el encaje de este tipo de acciones nuestro sistema social de Derecho tendría que dar un vuelco importante, y quizás, peligroso. Entendiendo que es más importante dotar un sistema público fuerte que cubra las necesidades de las personas con discapacidad, antes de optar por un sistema indemnizatorio puro y duro.

6. CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo me han surgido diferentes dudas, reflexiones e incluso disensiones con algunas posiciones, tanto doctrinales, como jurisprudenciales, sobre todo en la posición que mantenía el Tribunal Supremo en su segunda etapa, a partir de la polémica sentencia dictada en 1994²⁹¹. La consideración de un contrato de obra, cuando nos movemos en el terreno de la cirugía estética podría ser aceptable en aquel entonces, pero ni aun aceptando tal posición, entendemos que se parte de una premisa errónea que a veces se repite ¿Por qué ese empeño en distinguir constantemente medicina curativa de satisfactiva? ¿Es menos medicina una cirugía que otra?

Si bien, el profundo abismo que existe entre una cirugía de trasplante de riñón y una intervención para aumentar o realzar los senos puede ser evidente para muchos, pero hemos visto numerosos casos en los que esa cirugía mamaria era a raíz de un cáncer, conviene, sentarse a reflexionar sobre ello. No debemos restar importancia al cumplimiento de la *lex artis ad hoc*, por mucho que se haya pactado un resultado determinado, no todo vale para alcanzar ese fin.

He podido conocer en el despacho donde realizo las prácticas del máster, un caso que es perfecto para ilustrar diferentes posturas para abordar responsabilidad en casos de medicina satisfactiva. En este pleito, como abogado de la parte demandante nos encontramos con un paciente, que con la colocación de un puente y dos implantes dentales, tuvo una serie de consecuencias muy desagradables, desarrollando fuertes infecciones y patologías. Intervienen distintos profesionales en todo el proceso, resultando demandados dos profesionales de odontología y una clínica dental sita en Madrid. Los dos primeros médicos se complementaban entre sí, realizando uno las endodoncias y otro encargándose de la colocación del puente. Tras la primera intervención, en la que además de colocar el puente se le extraen varias piezas dentales, le correspondía al segundo médico la colocación de los implantes, retrasándose sobremanera, y una vez hechos los implantes comenzaron los problemas: dolores, problemas de masticación, no encaje, heridas...

La paciente acaba desarrollando un “*desequilibrio oclusal*”, consecuencia del largo periodo de tiempo en el que se tardó en colocarle las prótesis entre una y otra intervención (7 meses)

²⁹¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 diciembre 1991. RJ 1991\8907.

sin justificación alguna²⁹². Tras haber interpuesto recurso de apelación los demandados, la Audiencia Provincial de Oviedo expone un argumento interesante para desestimar las pretensiones del demandado, considerando la obligación de resultado, al haberse comprometido un resultado satisfactorio al término de la intervención, equivalente a un aseguramiento del resultado, simplemente con esto serviría para responsabilizar al facultativo del daño²⁹³. Esto no es nuevo, en la medicina satisfactiva se plantea la cuestión de si el resultado previsto al contratar se consiguió o no, por lo que la frustración determinará la responsabilidad del médico. Hacia donde quería llegar es que aun alcanzándose el resultado previsto, también se debería considerar la responsabilidad si nos encontramos ante un médico en cuyo proceso utiliza medios que podríamos calificar de absolutamente “*precarios*”. Ahí radica la importancia de la inversión de la carga de la prueba, así como las facilidades que podría tener un médico de justificar los medios empleados. En este caso nuestra paciente contó con la suerte o mejor dicho, capacidad, de contar con la profesional francesa en su favor, cuyo dictamen pericial fue decisivo para el fallo del Tribunal²⁹⁴. No todo el mundo dispone de esos medios, y muchas prácticas acaban impunes.

Con esa reflexión no quería dejar patente una suerte de abismo de privilegios de los cuales dispone el profesional, mientras que el paciente se encuentra absolutamente indefenso. La evidencia que quiero mostrar es la gran importancia que supone la consideración de la obligación del médico como de “*medios*”, ya que al principio un observador externo puede llegar a pensar ¿Esto no beneficiaría más al médico que al paciente al no poder reclamar al médico el no alcance de un resultado? Gracias a la investigación que motiva este trabajo puedo responder con una absoluta negativa, con una pregunta ¿Algún profesional se atrevería a operar de urgencia en esa tesitura? Para que un médico pueda salvar vidas necesita un marco jurídico adecuado en el que desenvolverse. Todo ello tiene un marco, una *lex artis* y un protocolo, por supuesto. Es una cosa muy obvia, pero desgraciadamente no siempre ha sido así, basta con fijarse en la postura que durante bastante tiempo defendía el Tribunal Supremo.

La comunicación de los posibles riesgos ante cualquier intervención es garantía tanto para el médico, como para el paciente, no debiendo excederse en hacer hincapié sobre esos riesgos en detrimento de los éxitos, llegando a aterrorizar al paciente, y fomentando el auxilio en

²⁹² Sentencia 195/2016 del Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Oviedo. Procedimiento Ordinario 767/2015. Fundamento Jurídico 7.

²⁹³ Sentencia 172/2017 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5. Fundamento Jurídico 2.

²⁹⁴ Sentencia 172/2017 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5. Fundamento Jurídico 4.

otras pseudociencias anticientíficas que prometen resultados sin asunción de riesgos²⁹⁵. Figuras como la de los protocolos, las guías de práctica clínica, y todo documento escrito por el cual se pueda llegar a codificar un tipo de práctica o procedimiento a seguir, no solo es garantía de seguridad para el profesional a la hora de hacer su trabajo, sino que como juristas, es la labor que nos atañe.

²⁹⁵ Tapia Rodríguez, M. “*Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales*”. Revista de Derecho. ISSN 0716-9132, Volumen 15, número 0, 2003. Páginas 75-111. Página 95.

7. REFERENCIAS

7.1 BIBLIOGRÁFICAS

- Añón Calvete, J. “*Criterio de imputación en la responsabilidad médica*” Revista Noticias Jurídicas. Disponible en <https://noticias.juridicas.com> Artículo publicado el 27 de mayo de 2015.
- Arroyo Zapatero, L.A. “*La indicación eugenésica*”: Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, ISSN 0210-1076, N.º. Extra 11, 1986 (Ejemplar dedicado a: Estudios de derecho Penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa). Páginas 47 a 60.
- Asúa González, C.I.
 - “*Pérdida de Oportunidad en la Responsabilidad Sanitaria*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2008.
 - “*Responsabilidad Civil Médica*” en Reglero Campos, L.F. (coordinador) “*Tratado de Responsabilidad Civil*”. Vol. 2: Parte especial primera. 2008. Thomson Reuters Aranzadi. 4ª edición. Navarra, 2008.
- Bello Janeiro, D. “*Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria*”. Colección Derecho de Daños. Editorial Reus, S.A. 1ª edición. Madrid, 2009.
- Cabanillas Sánchez, A. “*La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de lex artis y la carga de la prueba: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990*”. Anuario de Derecho Civil (1991). Fascículo 2. Referencia del anuario: ANU-C-1991-20090700919.
- Carrasco Perera, A. “*Comentario a los artículos 1101, 1102, 1104, 1105, 1106 y 1107 del Código Civil*”. en Albadalejo García, M. (coordinador) “*Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*”, Tomo XV, Volumen 1, Editorial Edersa. Madrid, 1989.
- Casariego Vales, E. (Médico Especialista en Medicina Interna en el Servicio de Medicina Interna del Hospital Lucus Augusti de Lugo); Costa Ribas, C. (Médico Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria en el Centro de Salud de Vila, Ibiza). “*¿Qué son y para qué sirven las Guías de Práctica Clínica*”. Guías Clínicas, revisión del 25/09/2020. Disponible en www.fisterra.com.
- Cavanillas Múgica, S.; Tapia Fernández, I. “*La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*”, Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 1992.
- Corchete Martín, Mª.J. “*El consentimiento informado. Algunas apreciaciones conceptuales desde una perspectiva constitucional*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014.
- De Ángel Yáguez, R.
 - “*Diagnóstico genéticos prenatales y responsabilidad (Parte II)*”. Revista de Derecho y Genoma Humano. Número 5, Julio-Diciembre de 1996. Universidad de Deusto, Bilbao.
 - “*Responsabilidad civil por actos médicos: Problemas de prueba*”. Editorial Civitas. Madrid, 1999.
 - “*Ante la cuarta sentencia de la sala primera en materia de wrongful birth ¿Es posible hablar ya de una jurisprudencia?*” Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada. ISSN 1134-7198, N.º 22, 2005, págs. 179-208. Bilbao, 2005.
- De Sola Llera, C. “*Privacidad y datos genéticos. Situaciones de conflicto (I)*”. Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada. ISSN 1134-7198, N.º 1, 1994.
- Díaz-Regañón García-Alcalá, C.; “*Responsabilidad objetiva y nexos causal en el ámbito sanitario*”. Editorial Comares. Albolote (Granada), 2006.
- Díez-Picazo Jiménez, L.M.
 - “*La imposibilidad de abortar un supuesto más de responsabilidad civil*”. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, ISSN 0211-2744, N.º 3, 1998. Páginas. 1700-1710.
 - “*Derecho de daños*”. Editorial Civitas. Madrid, 1999.
- Emaldi Cirón, A. “*La responsabilidad jurídica derivada de diagnósticos genéticos erróneos*”. La Ley, 2001 (5), D-142.

- Galán Cortés, J.C

“*La responsabilidad civil médico-sanitaria*” en Seijas Quintana, J.A (Coordinador) “*Responsabilidad Civil: Aspectos fundamentales*”. Editorial Jurídica Sepín, S.L. Madrid, 2015.

“*Responsabilidad Civil Médica*”. Editorial Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Quinta edición. Año 2016.

- Gallego Riestra, S. “*Prueba y valoración de daños en la asistencia sanitaria*” en Jorge Barreiro, A.; Gracia Guillén, D. (Directores). “*Responsabilidad del personal sanitario*”. Madrid, 1995.

- García Blázquez, M.; Molinos Cobo, J.J. “*Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*”. (Aspectos jurídicos y médico-forenses). Editorial Comares. 2ª Edición. Granada, 1997.

- García Garnica, M del C. “*Aspectos básicos de la Responsabilidad Civil médica*”, Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2010.

- Gómez Calle, E. “*El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito sanitario*”. Anuario de Derecho Civil Universidad Autónoma de Madrid. ISSN 0210-301X, Vol. 51, N.º 4, 1998. Páginas 1693-1768.

- Gómez Jara, M. “*La responsabilidad profesional del psiquiatra: El equipo psiquiátrico, derechos del paciente, protección de datos, responsabilidad por daños, suicidios, peritajes psiquiátricos, documento de consentimiento, historia clínica, etc.*”). Editorial Atelier. Barcelona, 2009.

- Guerrero Zaplana, J. “*Responsabilidad y consentimiento informado*” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “*Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II*”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013.

- Hinojal Fonseca, R. Galán Cortés, J.C; “*Valoración jurídica de los protocolos médicos*”. Revista general de Derecho. ISSN 0210-0401. N.º 622-623, 1996.

- Jorge Barreiro, A. “*Jurisprudencia Penal y lex artis médica*” en Jorge Barreiro, A.; Gracia Guillén, D. (Directores). “*Responsabilidad del personal sanitario*”. Madrid, 1995. Páginas 76 y 77.

- Llamas Pombo, E.

“*Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*” en Moreno Martínez, J.A (Coordinador) “*Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*”, Editorial Dykinson, Madrid, 2000.

“*Un buen ejemplo de responsabilidad por wrongful birth. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 5ª) de 25 de enero de 2005*”. Revista Práctica de Derecho de Daños. Número 32. Sección editorial. Noviembre de 2005. Versión online.

“*Doctrina general de la culpa médica*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014.

- Lledó Yagüe, F. “*Reflexiones notables en torno a la responsabilidad civil del cirujano en el daño producido al paciente en el acto médico quirúrgico*”. Morillas Cueva, L.; Lledó Yagüe, F. (Directores); Monje Balmaseda, O. (Coordinador). “*Responsabilidad médica civil y penal por presunta mala práctica profesional (el contenido reparador del consentimiento informado)*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2012.

- Lubomira Kuvica, M. “*El riesgo y la responsabilidad objetiva*” Martín Casals, M. (director) Fecha de Defensa 02-09-2015. Deposito Legal Gi.2076-2015. Universitat de Girona, Departament de Dret Privat. Tesis disponible en <http://hdl.handle.net/10803/328430>.

- Macía Morillo, A. “*La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)*”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2005.

- Marín Velarde, A. “*Obligación de actividad versus obligación de resultado*” en Lledó Yagüe, F.; Morillas Cueva, L. (Directores); Monje Balsameda, O (Coordinador) “*Responsabilidad Médica Civil y Penal por presunta Mala Práctica Profesional*”. Editorial Dykinson, S.L, Madrid, 2012.

- Martín Casals, M.; Solé Feliu, J.

“*Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos* “. InDret 03/2001. InDret Privado Revista para el Análisis del Derecho N°4 - 2021 - ISSN 1698-739X.

“*Comentario a la Sentencia de 7 de junio de 2002: Responsabilidad de profesionales sanitarios. Responsabilidad contractual del artículo 1.101 CC. Nacimiento de un hijo con síndrome de Down sin que el ginecólogo informara de la anomalía a la paciente. Inexistencia de una relación de causalidad entre la falta de información del médico y la decisión de no abortar de la paciente. Wrongful birth.*” Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil, ISSN 0212-6206, N.º 60, 2002. Páginas. 1097-1122.

- Martín León, A “*Lex Artis y protocolos médicos*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009.

- Martínez Gallego, E.Mª. “*Análisis jurídico del consentimiento informado*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014.

- Martínez Rodríguez, N. “*La doctrina de la pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*” en Llamas Pombo, E. (Director) “*Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar*”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014.

- Mir Puig, S. “*Derecho Penal. Parte General*”. 10ª edición. Editorial Reppertor, Barcelona, 2016.

- Muro Insausti, J. (Director) “*Aranzadi Responsabilidad Civil. Doctrina, Jurisprudencia, Régimen Legal y Formularios*”. (Tomo IV: Transporte, Responsabilidad Médica y Sanitaria, Responsabilidad de Padres y Centros Docentes). Editorial Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor (Navarra). Año 2012.

- Obispo Triana, C. (Área de Derecho Administrativo. Departamento de Desarrollo y Soluciones de Contenidos-Legal & T&A) “*Algo debió de ocurrir para que, siendo el feto normal, las cosas se torcieran. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) núm.700/2018, de 26 abril (JUR 2018, 133959)*”. Revista Aranzadi Doctrinal num.8/2018. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2018\11812.

- Orozco Pardo, G.

“*La aplicación del concepto " Lex artis" al campo de la actividad del profesional. El caso de la profesión médica*” en Albiez Dohrmann, K.J; Pérez-Serrabona González, J.L.; Moreno Quesada, B. (coordinadores) “*El ejercicio en grupo de profesiones liberales*”. Universidad de Granada, 1993. págs. 511-561.

“*Capítulo Sexto. Problemática Jurídica de la información sanitaria. El acceso a la historia clínica*” en Morillas Cueva, L (Director) Suarez López, J.M (Coordinador) “*Estudios Jurídicos sobre Responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del Médico y otros Agentes Sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009.

- Pantaleón Prieto, A.F.

“*Procreación artificial y responsabilidad civil*” en “*La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana: ponencias y comunicaciones Vitoria-Gasteiz, 28-IX a 2-X-1987, 1988*”. Editorial Trivium. Madrid, 1998.

“*Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*” en “*Centenario del Código Civil (1889-1989)*”. (VV. AA). Tomo II. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990.

- Pérez García, M.J. “*La responsabilidad civil médico-sanitaria en el Derecho español. Significado y alcance del consentimiento informado y del deber de información*” Cuadernos de Análisis Jurídico - Serie. Colección Derecho Privado Año 2010 No. VI. Catálogo de Revistas Escuela de Derecho. Universidad Pontificia de Valparaíso. Universidad Autónoma de Madrid.

- Pérez Vallejo, A.M.

“*Presupuestos de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional*” en Morillas Cueva, L. (Director), Suárez López, J.M. (Coordinador) “*Estudios jurídicos sobre responsabilidad Penal, Civil y Administrativa del médico y otros agentes sanitarios*”. Editorial Dykinson. Madrid, 2009.

“*Responsabilidad médica y mecanismos correctores del rigor probatorio*” en Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. ISSN 1696-0394, N.º. 110-111, noviembre-diciembre, 2012.

- Reyes Domínguez, A.; Navarro Puerto, M.A; Hermosilla Gago, T.; Alonso Ortiz del Río, C; Rico Iturrioz, R.; Ruiz Romero, F.; Asúa Batarrita, J. “¿Las guías que nos guían son fiables? Evaluación de las guías de práctica clínica españolas”. Revista clínica española: publicación oficial de la Sociedad Española de Medicina Interna, ISSN 0014-2565, Vol. 205, N.º. 11, 2005.
- Rodríguez Artalejo, F; Ortún Rubio, V. “Epidemiología para clínicos: Los Protocolos Clínicos”. Medicina Clínica, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid. Departamento de Medicina Preventiva y Salud Pública de la Universidad Autónoma de Madrid. Instituto Valenciano de Estudios en Salud Pública (Valencia). 1990 (95).
- Salvat Puig, J. “Aspectos médico-legales de la responsabilidad profesional del médico” en Llamas Pombo, E. (Director) “Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014.
- Sarrato Martínez, L. “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico sanitaria”. Diario La Ley número 6968. Sección Tribuna. 16 de junio de 2008. Año XXIX. Ref. D-189. (La Ley 13127/2008).
- Seijas Quintana, J.A (Magistrado del Tribunal Supremo). “Responsabilidad civil médica: ¿Obligación de medios; obligación de resultados?”. Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Asociación Española de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro. Número 29. Primer Trimestre. Año 2009.
- Tapia Rodríguez, M. “Responsabilidad Civil Médica: Riesgo Terapéutico, Perjuicio de Nacer y Otros Problemas Actuales”. Revista de Derecho. ISSN 0716-9132, Volumen 15, número 0, 2003. Páginas 75-111.
- Tomillo Urbina, J. “Responsabilidad por daños al inicio de la vida: las acciones wrongful birth y wrongful life” en Larios Risco, D.; González García, L.; De Montalvo Jääskeläinen, F. (coordinadores). “Tratado de Derecho Sanitario. Volumen II”. Editorial Thomson Reuters, Aranzadi. Navarra, 2013.
- Toral Lara, E. “Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento español” en Llamas Pombo, E. (Director) “Estudios sobre la responsabilidad sanitaria: Un análisis interdisciplinar”. Editorial Wolters Kluwer. La Ley. Las Rozas (Madrid). Año 2014.
- Vicandi Martínez, A. “La responsabilidad civil en el derecho sanitario: de los conflictos a los conceptos”. Tesis doctoral inédita. Universidad de Deusto, 2014.

7.2 JURISPRUDENCIALES

— TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sentencia del Tribunal Constitucional (Pleno) núm. 53/1985 de 11 abril. RTC 1985\53.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 120/1990 de 27 junio. RTC 1990\120.
- Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) 227/1991 de 28 noviembre. RTC 1991\227.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 marzo. RTC 2011\37.

— TRIBUNAL SUPREMO

- Sentencia de Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 21 marzo de 1950. RJ 1950\394.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) de 12 mayo de 1986. RJ 1986\2452.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 diciembre de 1987. RJ 1987\9511.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 7 junio de 1988. RJ 1988\4825.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 julio de 1988. RJ 1988\5991.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 junio de 1989. RJ 1989\4696.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 12 febrero 1990. RJ 1990\677.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 marzo de 1991. RJ 1991\2209.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 16 abril 1991. RJ 1991\2697.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 11 noviembre de 1991. RJ 1991\8720.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 3 diciembre de 1991. RJ 1991\8907.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 23 abril de 1992. RJ 1992\3323.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 349/1994 de 25 abril. RJ 1994\3073.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 4 noviembre 1992. RJ 1992\9199.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 89/1993 de 15 de febrero. RJ 1993\771.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 836/1994 de 27 septiembre. RJ 1994\7307.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 octubre 1995. RJ 1995\7403.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 de febrero de 1996. RJ 1996\866.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 267/1996 de 8 abril. RJ 1996\2882.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 805/1996 de 15 octubre. RJ 1996\7112.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1022/1996 de 2 diciembre. RJ 1996\8938.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 83/1997 de 11 febrero. RJ 1997\940.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 108/1997 de 18 febrero. RJ 1997\1240.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 495/1997 de 6 junio. RJ 1997\4610.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 538/1997 de 9 junio. RJ 1997\4734.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 580/1997 de 28 junio. RJ 1997\5151.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 604/1997 de 1 julio. RJ 1997\5471.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 diciembre 1997. RJ 1997\8816
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 127/1998 de 19 febrero. RJ 1998\877.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 531/1998 de 5 junio. RJ 1998\4275.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 10 octubre 1998. RJ 1998\8371.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1146/1998 de 9 diciembre. RJ 1998\9427.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1168/1998 de 12 diciembre. RJ 1998\9431.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 13 de abril de 1999 (RJ 1999/2583).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 587/1999 de 28 junio. RJ 1999\4894.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 593/1999 de 29 junio. RJ 1999\4895.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 766/1999 de 24 septiembre. RJ 1999\7272.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 787/1999 de 25 septiembre. RJ 1999\7275.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 922/1999 de 2 noviembre. RJ 1999\7998.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 936/1999 de 10 noviembre. RJ 1999\8055.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 78/2001 de 6 febrero. RJ 2001\2233.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 266/2001 de 21 marzo. RJ 2001\4747.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 291/2001 de 24 marzo. RJ 2001\3986.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 447/2001 de 11 mayo. RJ 2001\6197.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 1193/2001 de 11 diciembre. RJ 2002\2711.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 26 marzo 2002. RJ 2002\3956.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 313/2002 de 11 abril. RJ 2002\3288.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 581/2002 de 7 junio. RJ 2002\5216.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 63/2003 de 31 enero. RJ 2003\646.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) 783/2003 de 22 julio. RJ 2003\5391.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 26 febrero 2004. RJ 2004\3889.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 203/2004 de 12 marzo. RJ 2004\2146.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 225/2004 de 18 marzo. RJ 2004\1823.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 267/2004 de 26 marzo. RJ 2004\1668.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 6 abril 2004. RJ 2004\2717.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 286/2004 de 7 abril. RJ 2004\2608.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 527/2004 de 10 junio. RJ 2004\3605.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 560/2004 de 22 junio. RJ 2004\3958.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1230/2004 de 15 diciembre. RJ 2004\8212.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 14 marzo de 2005. RJ 2005\3620.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 758/2005 de 21 octubre. RJ\2005\8547.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 922/2005 de 24 noviembre. RJ 2005\7855.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1002/2005 de 21 diciembre. RJ 2005\10149.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 84/2006 de 14 febrero. RJ\2006\884.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). 512/2006 de 18 mayo. RJ 2006\2369.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 652/2006 de 26 junio. RJ 2006\5554.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30 junio de 2006. RJ 2006\6580.
- Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Civil, Sección 1ª) 993/2006 de 4 octubre RJ\2006\6428.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1132/2006 de 15 noviembre. RJ 2006\8059.
- Sentencia del Tribunal Supremo. (Sala de lo Civil. Sección 1ª). 1342/2006 de 18 diciembre. RJ 2006\9172.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1377/2007 de 5 enero. RJ 2007\552.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 6 febrero 2007. RJ 2007\922.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 415/2007 de 16 abril. RJ 2007\3552.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 467/2007 de 26 abril. RJ\2007\3176.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 546/2007 de 23 mayo. RJ 2007\3273.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 574/2007 de 30 mayo. RJ 2007\4973.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 836/2007 de 19 julio. RJ 2007\4692.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 16 octubre 2007. RJ 2007\7620.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1155/2007 de 19 octubre. RJ 2007\7309.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1242/2007 de 4 diciembre. RJ 2008\251.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 23 abril 2008. RJ 2008\2731.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 508/2008 de 10 junio. RJ 2008\4246.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 969/2008 de 24 octubre. RJ 2008\5793.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 2/2009 de 21 enero. RJ 2009\1481.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 192/2009 de 26 marzo. RJ 2009\2803
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 478/2009 de 30 junio. RJ 2009\4323.

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 778/2009 de 20 noviembre. RJ 2010\138.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 948/2011 de 16 enero. RJ 2012\1784.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 16 febrero de 2011. RJ 2011\1490.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 101/2011 de 4 marzo. RJ 2011\2633.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 2 noviembre de 2011. RJ 2012\1727.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 403/2013 de 18 junio. RJ 2013\4376.

— TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª) 205/2005 de 18 febrero. RJCA 2005\277.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 384/2005 de 26 septiembre. JUR 2005\262616.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de C. Valenciana, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección3ª) 989/2006 de 7 junio. RJCA 2007\122.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) 557/2007 de 3 mayo. JUR 2007\252949.

— AUDIENCIAS PROVINCIALES

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 16ª) 465/2008 de 23 septiembre. JUR 2009\242242.
- Sentencia 172/2017 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 5.

— JUZGADOS DE INSTANCIA

- Sentencia 195/2016 del Juzgado de Primera Instancia Número 5 de Oviedo. Procedimiento Ordinario 767/2015.

7.3 NORMATIVAS

— INTERNACIONAL

- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016.
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en el año 2006.
- Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948.

— ESTATAL

- Constitución Española
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
- Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

- Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.
- Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.
- Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

— COLEGIOS PROFESIONALES

- Código de Deontología Médica. Guía de Ética Médica. Organización Médica Colegial de España (OMC).

