

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA MEDICINA

Eduardo Baena Ruiz

Académico Correspondiente

RESUMEN

PALABRAS CLAVE

Causalidad física.
Imputación objetiva.
Pérdida de la oportunidad.
Culpa.
Daño desproporcionado.
Consentimiento informado.

Una mayor sensibilidad de los ciudadanos en la defensa de sus derechos ha propiciado el aumento de las litigiosidad en materia de responsabilidad civil. No ha sido una excepción a ese aumento las reclamaciones por responsabilidades médico sanitarias.

La jurisprudencia, en sintonía con autorizada doctrina, ha ido creando un cuerpo de esa naturaleza por el que se trata de conciliar la legítima tutela de los derechos del paciente con las singularidades del servicio asistencial que presta el médico.

No basta que entre el acto médico y el daño exista causalidad física sino que precisa que sea jurídica, atendiendo a criterios de imputación objetiva. Si existe dificultad para probar la causalidad física se acoge como paliativo la teoría de la pérdida de oportunidad.

La culpa equivale a falta de diligencia en el acto médico conforme a las circunstancias de tiempo, medios y lugar, incluyéndose en la ausencia de diligencia la infracción de la normativa sobre el consentimiento informado. Un paliativo a la carga que pesa sobre el perjudicado de probar la culpa consiste en la teoría del daño desproporcionado.

ABSTRACT

KEYWORDS

Physical causality.
Causation.
Loss of opportunity.
Guilt.
Disproportionate harm.
Informed consent.

Increased sensitivity of citizens in defending their rights has led to increased litigation on civil liability. It has not been an exception to that increase health claims for medical responsibilities.

Case law in line with authoritative doctrine, has created a body of that nature by which it seeks to reconcile the legitimate protection of the rights of the patient with the singularities of the healthcare service provided by the doctor.

There is not enough physical causality between the medical act and the damage, it needs to be legal, according to criteria of Causation. If it is difficult to test the physical causality theory welcomes palliative loss of opportunity.

Guilt is equivalent to lack of diligence in the medical act according to the circumstances of time, means and place, including in the absence of diligence infringement of the rules on informed consent. A palliative to the burden on the injured to prove fault theory is disproportionate harm.

INTRODUCCIÓN

1 Alrededor del año 2000 la doctrina se hacía eco del alarmante crecimiento de las reclamaciones judiciales derivadas de la realización de actos médicos, alcanzando en las últimas décadas, se decía, cotas insospechadas.

Boletín de la Real Academia de Córdoba.

BRAC, 165 (2016)
169-182

En una reciente conferencia pronunciada en este foro por el académico, profesor e investigador don José Peña Martínez calificaba tal pandemia como la “judicialización de la medicina”, inspirando el título que le he dado a este trabajo.

A causa de la relevancia alcanzada por la litigiosidad sobre la materia, han proliferado estudios doctrinales sobre la responsabilidad médico-sanitaria no sólo por parte de los juristas sino también por los profesionales sanitarios, preocupados por este cambio progresivo y sustancial en la relación médico-paciente.

Se constata, y era una reflexión que hacía el mencionado profesor, una alteración importante de la relación existente entre ambos, pues el médico ha pasado a constituir “la pieza de un sistema” que le crea inseguridad y temor ante la asistencia diaria. Ello ha provocado, o existe peligro de que se generalice, una “cosificación” del paciente, por la que la relación cercana, personal y humana, pase a transformarse en una relación más fría, distante, “en serie”.

Ese sería el peligro, pero para ser justos hay que reconocer que el sistema de asistencia sanitaria universal de la que gozamos es digno de encomio por extenderse a toda la población con generosidad y excelente profesionalidad, sin que los defectos que acompañan a toda actividad humana nos puedan conducir al error de convertir en categoría hechos singulares.

2. La jurisprudencia, y es lo que voy a tratar de plasmar con concisión, por las lógicas limitaciones de extensión que imponen las normas de publicación, ha ido creando un cuerpo de doctrina por el que se reconocen y tutelan los derechos del paciente, pero no a toda costa sino conciliándolos con la especialidad del servicio que recibe, que es médico sanitario.

Muestra de tal sensibilidad se contiene ya en la sentencia de 31 mayo 1982 que declaraba que “la profesión médica, ejercida con profilaxis adecuada, certero diagnóstico y atinada terapéutica, merece generales loas y encomio, puesto que tiene mucho de sacerdocio y, de ella, depende la salud, la integridad física y hasta la vida del común de la población integrante de cualquier Estado; por ello es función vocacional que requiere acabada preparación científica, abnegación, sacrificio e inasequibilidad al cansancio y al desaliento, sin que pueda ejercerse adecuadamente y con eficacia si el profesional médico se deja invadir por la abulia, por la indiferencia, por la inhumanidad, por la pasividad inerte, por la rutina o por la falta de interés humano y profesional, renunciando, de antemano, a los medios auxiliares y complementarios del examen clínico o agotar mediante la investigación y la observación adecuadas, toda posibilidad de incurrir en errores que pudieran soslayarse con el empleo de la debida diligencia”.

Asimismo el Tribunal Supremo es consciente de la aleatoriedad de la ciencia médica y del verdadero alcance del factor relacional del paciente, porque (STS 10 mayo 2005) como declara “la técnica quirúrgica, por más sofisticada que haya llegado a ser en nuestros días, tiene siempre un componente, mayor o menor, de agresión a esa maravillosa, pero delicadísima arquitectura que es el viviente humano. Actuar quirúrgicamente sobre el cuerpo humano es operar sobre un organismo cuyos puntos débiles difícilmente pueden llegar a conocerse de antemano en su totalidad. No sólo la genética heredada, también otros muchos datos, la educación misma recibida, el entorno en el que el paciente ha vivido, y tantos otros condicionantes de su conducta y de sus respuestas incontroladas,

hacen impredecibles en un porcentaje mayor o menor cómo va a responder al acto médico que sobre él se lleva a cabo”.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DEL MÉDICO

Para decidir sobre las responsabilidades civiles médicas es de sumo interés distinguir si la obligación que contrae el médico es de actividad o de resultado.

No siempre fue pacífica tal distinción, pero hoy día, y en beneficio de la clase médica, se ha clarificado bastante por el Tribunal Supremo.

A partir de SSTS de la Sala Primera del 20 febrero y 4 noviembre 1992, e incluso de 26 mayo 1986, se viene afirmando que “la actividad médica genera obligaciones de medios y no de resultado, pues el médico no estaba obligado a curar al enfermo sino a proporcionarles todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia y la denominada “lex artis ad hoc”. Incluso se rechaza (STS de 29 septiembre 1991) la responsabilidad por riesgo porque “el médico no crea riesgos sino que trata los peligros de la enfermedad”.

Tal obligación de medios no se ve desnaturalizada por la implantación de nuevas tecnologías en la actuación médica, pues el compromiso sigue siendo intentar la curación del paciente y no la obtención segura y concreta del resultado perseguido.

Lo expuesto era indiscutido cuando se trataba de medicina necesaria o curativa, pero, sin embargo, se tornaba complicado cuando el objeto era la denominada cirugía voluntaria o satisfactiva, pues se venía declarando (SSTS de 16 abril 1991; 28 junio de 1999 y 11 diciembre 2001) que el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue. Casos paradigmáticos incluidos en esta actuación médica son, entre otros, la cirugía estética, la vasectomía, la odontología.

No obstante la doctrina más reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo sienta que “los actos de medicina voluntaria o satisfactiva no comportan por sí la garantía del resultado perseguido” (STS de 19 julio 2013), por lo que el facultativo sólo vendría obligado a poner los medios para la deseable curación del paciente, cualquiera que sea su resultado.

Ahora bien, no se puede obviar el peligro que supondría silenciar los riesgos excepcionales de este tipo de intervenciones para evitar que el paciente se sus-traiga a ella por ser innecesaria o de una necesidad relativa. Para salir al paso de ese peligro en este tipo de prestaciones de medicina voluntaria o satisfactiva, lo que se intensifica por la jurisprudencia (STS de 16 enero 2012) es la exigencia obligacional del médico en todos los ámbitos, y sobre todo en el de informar al paciente.

Sin embargo sí puede hablarse de un auténtico arrendamiento de obra, en el que se asegura el resultado, si voluntariamente así se hubiese pactado o si mediante la publicidad se garantizase el mismo.

Ha de tenerse presente también la existencia de actividades médicas en que no interviene ningún “alea”, en las que puede entremezclarse en la relación médico-paciente obligaciones de medios con otras de resultado.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

No cabe hablar de responsabilidad médica si no existe un daño.

Presupuesta, pues, la existencia de éste, es preciso que sea consecuencia de un acto médico y que en su realización concorra culpa en el sujeto que lo ha llevado a cabo.

Los dos requisitos que destacan en la materia son, por tanto, el nexo de causalidad y la culpa.

La Sala Primera del Tribunal Supremo ha desplegado un esfuerzo para la delimitación de ambos elementos —causalidad y culpa— a fin de ofrecer seguridad jurídica y “hacer justicia” tratando, como decíamos, de conciliar los intereses en pugna.

1. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Quien pretenda ser indemnizado por el daño padecido a causa de un acto médico, deberá probar precisamente que ese acto le ha causado el daño, esto es, la relación de causalidad entre éste y aquél.

Por tanto, la causalidad, al igual que sucede con el daño, constituyen elementos imprescindibles de la responsabilidad civil; de forma que sin su existencia o ausencia de prueba queda excluida la citada responsabilidad.

Quien pretenda ser indemnizado deberá probar que una acción le ha causado un daño.

Lo que sucede es que hacer al sujeto responsable de todos los daños que causa su acción u omisión no parecía razonable a juicio de la doctrina, por lo que ésta trató de acotar el criterio de atribución a fin de evitar una extensión de la esfera de la responsabilidad poco satisfactoria.

Para conseguir tal propósito se ha distinguido entre la causalidad física o material y la causalidad jurídica o de imputación objetiva.

Como vamos a tener ocasión de exponer, en palabras de la STS de 1 de junio de 2011, «para imputar a una persona un resultado dañoso no basta con la constancia de la relación causal material o física, sino que además se precisa la imputación objetiva del resultado, es lo que en la determinación del nexo de causalidad se conoce como causalidad material y jurídica...».

A) CAUSALIDAD MATERIAL

Esta causalidad ha de ser empíricamente verificable, habiendo destacado a la hora de abordarla la teoría de la “equivalencia de las condiciones”. Para ella sería causa toda condición que ha producido el resultado, de forma que éste no se hubiese desencadenado si la condición no se hubiese dado. De este modo la causa se residenciaría en todas y cada una de las condiciones, pues de no haber concurrido todas el resultado no se habría producido.

Tal teoría ha sido criticada por contradecir la sensibilidad jurídica, ya que se haría responsable al agente por todas las causas que precedieron al resultado sin deslindar entre aquellas que originaron responsabilidad y aquellas que quedan fuera de ésta, lo que parece que sería de mayor interés en el campo del Derecho.

Por ello se predica como ineludible discriminar o seleccionar de entre las múltiples causas.

Al llevarse a cabo tal valoración se traspasa el campo de la causalidad física al de la jurídica, pues la teoría de la equivalencia de las condiciones, en principio, sería oportuna para establecer aquella, pero notablemente inadecuada, como sostiene la doctrina, para delimitar qué daños producidos en el curso causal han de ser puestos a cargo del agente. Así, se decidiría sobre la existencia o no de imputación objetiva respecto del sujeto en cuestión.

B) IMPUTACIÓN OBJETIVA

Esta doctrina de origen alemán y angloamericano se ha introducido en nuestro sistema a través de reputados autores de la doctrina científica.

Se recepciona, en primer lugar, a principios de los años 80 del pasado siglo por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, esto es, en la jurisdicción penal, de la cual pasaría a la civil.

Con esta doctrina la cuestión de la causalidad traspasa lo físico y material y se transforma en jurídica. Se pretende con ella ofrecer seguridad y uniformidad al sistema de responsabilidad; de forma que la persona no responda de todas las consecuencias dañosas derivadas de su acción, aun en supuestos en que tales consecuencias estén alejadas de la misma o aparezca como irracional exigírselas.

Son varios los criterios que la doctrina ha desarrollado a la hora de llevar a cabo la delimitación de la imputación objetiva, teniendo su reflejo y recepción por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Tales criterios sirven de guía para reconocer o excluir la imputación objetiva en supuestos de responsabilidad civil; de forma que la imputación se excluye cuando concurren circunstancias que la doctrina sistematiza y enumera y la jurisprudencia ha ido haciéndose eco de ellas.

Esas circunstancias, brevemente, serían las siguientes: 1º) riesgo general de la vida; 2º) prohibición de regreso; 3º) el fin de protección de la norma; 4º) el criterio denominado de incremento del riesgo o de la conducta alternativa correcta; 5º) los supuestos de competencia de la víctima.

2. Descendiendo a la responsabilidad médica se ha hecho uso del criterio de la prohibición de regreso por el que 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 la conducta dolosa o gravemente imprudente de un tercero, salvo que esta última conducta se haya visto decisivamente favorecida por la del autor mediato.

3. Se cita para que se aprecie el anterior criterio, por servirle de fundamento, la STS de 14 de febrero de 2006 (ROJ: STS 742/2006) que excluye la imputación objetiva del médico que realizó un legrado incompleto a una paciente a la que posteriormente se practicó una salpingectomía por otro facultativo. Con

fundamento en el criterio de la prohibición de regreso se niega la imputación del evento dañoso al primer cirujano, por cuanto en el curso causal que desembocó en la salpingectomía izquierda de la paciente ha sido determinante la conducta gravemente negligente del segundo facultativo —pues no sería suficiente su simple negligencia—. No obstante, si la conducta del segundo cirujano se hubiera visto decisivamente propiciada por la negligencia del primero, resultaría inaplicable este criterio para excluir la imputación objetiva —excepción a la prohibición de regreso— y, por consiguiente, no se evitaría en tal caso la imputación del primer cirujano.

C) CAUSALIDAD ADECUADA

Ya decíamos cómo se criticaba la teoría de la equivalencia de las condiciones por herir la sensibilidad jurídica hacer responsable al agente por todas las causas que precedieron al resultado, cuando lo correcto para el Derecho sería deslindar aquellas causas que originan la responsabilidad de las que quedan fuera de ella.

Surge para paliar el problema la teoría de la causalidad adecuada que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar (criterio de la adecuación)¹.

Esta teoría se resuelve en definitiva en un problema de imputación, por el que (STS de 15 febrero 2006) el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permiten eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo o de objetivar absolutamente la responsabilidad extracontractual en la que se sustenta la acción, lo que no es posible en un sistema que descansa en un principio culpabilístico.

Dentro del ámbito sanitario considera Díaz-Regañón García de Alcalá que “la aplicación de la teoría de la imputación objetiva sirve para negar la equiparación absoluta entre la prueba de la relación de causalidad —*stricto sensu* o causalidad fáctica o material— y la atribución de responsabilidad civil”. No está de más recordar que, cuando hablamos de responsabilidad civil médico sanitaria por la producción de una serie de daños, lo normal es que concurren al menos dos causas distintas susceptibles de ser conectadas con los daños infligidos: por un lado la actuación del servicio sanitario y, por otro, el factor a reaccionar del paciente.

Para ser más exactos, dos riesgos contrapuestos que se manifiestan durante el funcionamiento del servicio sanitario —el propio del paciente y el del servicio mismo al intentar reducir el del paciente—. El papel encomendado a la teoría de la imputación objetiva es, precisamente, el de suministrar los criterios que permitan guiar correctamente el proceso de valoración normativa o pondera-

¹ GALÁN CORTÉS, Julio César. *Responsabilidad civil médica*. Ed. Thomson Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 259 y ss.

ción entre las distintas causas —o riesgos— concurrentes, a fin de determinar la posible responsabilidad civil.

Este criterio de la adecuación se formula a modo de “cláusula de cierre”, siendo un criterio de imputación objetiva muy utilizado por la jurisprudencia en el ámbito sanitario, y por cuya virtud no cabe imputar objetivamente un concreto resultado dañoso a la conducta del autor cuando la producción del mismo hubiera sido descartada como extraordinariamente improbable por un observador experimentado que hubiera contado con los especiales conocimientos del autor demandado y hubiese enjuiciado la cuestión en el momento anterior a su conducta.

De ahí que se haya aplicado esta doctrina en supuestos de complicaciones que, aunque no quepa considerarlas como imprevisibles, resulte obvio que no deban cargarse a la actuación del agente por tener un carácter excepcional, por depender de condiciones genéticas del concreto paciente y que no exista posibilidad normal de conocer o averiguar con anterioridad a la intervención.

D) PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD

Las doctrinas anteriormente expuestas sobre la relación de causalidad persiguen evitar, en nuestro caso en contra del médico, multiplicidad de demandas fundadas en una aplicación mecánica del nexo de causalidad. De ahí que se acuda a la teoría de la imputación objetiva y como cláusula de cierre a la de la causalidad adecuada para negar relevancia jurídica a los supuestos en que, aun constatada la relación causal material, física o natural, sin embargo el resultado no es susceptible de ser imputado al demandado.

Ahora bien tal tesis doctrinal y jurisprudencial tiene un reverso, ahora a favor del paciente, para evitar una continua exoneración de responsables ante la dificultad de acreditar el nexo causal físico. Esa dificultad no puede traducirse en una situación de irresponsabilidad absoluta por parte del agente profesional.

Tal reverso, para conjurar dicho peligro, es la llamada técnica de la “pérdida de oportunidad o chance”.

Meritada teoría se ubica en el ámbito de la causalidad material o física, como medio de la incertidumbre sobre ella, y con la consecuencia de reducción proporcional de la indemnización.

Su aplicación es un paliativo del radical principio del “todo o nada” a la hora de determinar el nexo causal entre un hecho y el resultado acaecido, pues existen supuestos en los que la certeza absoluta no es posible, y su exigencia dejaría a las víctimas sin resarcimiento, por lo que se hace preciso moverse en términos de probabilidad.

La moderna jurisprudencia huye de la exigencia de la certeza y se centra en el cálculo de probabilidades para fundamentar indemnizaciones parciales. Pero ello exige un esfuerzo de los tribunales a la hora de motivar sus resoluciones, para evitar que el quantum indemnizatorio se conceda a ciegas, pues la indemnización debe calcularse en función de la probabilidad de oportunidad perdida o ventaja frustrada y no en el daño real sufrido, que queda reservado para la certeza absoluta de la causa.

Este planteamiento general requiere para su correcto entendimiento ser acompañado de ciertas puntualizaciones:

a) La primera es que, en sede de causalidad física, se pueden distinguir tres franjas. Una superior, que es cuando existe certeza causal y la reparación del daño sería íntegra. Otra inferior que permite asegurar que el agente no causó el daño y las oportunidades perdidas no son serias sino ilusorias. La franja central, entre las anteriores, en la que se reside esta teoría, y en la que existirá una probabilidad causal sería, que sin alcanzar el nivel máximo si supera el mínimo.

b) La incertidumbre causal debe ser insuperable, por lo que no cabe acudir a ella cuando viene motivada por la negligencia o dejadez de la parte a la hora de acreditar el nexo causal.

Cuando se observa cómo la teoría de la pérdida de oportunidad se aplica a las responsabilidades civiles que tienen un origen médico-sanitario, se constata que se viene aplicando a supuestos de errores o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, y en aquellas de falta de información o consentimiento informado. Son supuestos en los que por no existir certeza ni probabilidad cualificada del resultado final, se identificará el daño con la oportunidad de curación o supervivencia perdida por la actuación del facultativo, o por habersele privado al paciente de su derecho a decidir si se le hubiese informado del riesgo materializado.

Dado el casuismo en la materia sólo vamos a hacer referencia a una sentencia sobre cada supuesto, para una inteligencia práctica de la teoría que nos ocupa.

La primera sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo que ha acogido la doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito médico-sanitario ha sido la dictada con fecha 10 de octubre de 1998 (ROJ: STS 5788/1998): Una ATS dispuso los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. Ésta, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casó la sentencia absolutoria únicamente por lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Sin embargo, y ello es lo que resaltamos, añade que “lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma a la demandada no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera se le puede imputar la pérdida de unas expectativas”.

Existe otro cuerpo de doctrina relativo a defectos de información. Así la STS de 16 de enero de 2012 (ROJ: STS 279/2012) (Sala 1ª) aplica la doctrina de la pérdida de la oportunidad en un caso en el que el actor había sido intervenido quirúrgicamente para efectuarle una disectomía cervical a consecuencia de la cual quedó afectado de una tetraplejía con 48 años de edad. No se discutía en el proceso la inexistencia de mala praxis sino defectos en la información facilitada al paciente. La indeterminación causal la radicó el Tribunal Supremo en cuál sería la decisión que hubiera adoptado el paciente en el caso de que hubiera sido correctamente informado de los riesgos inherentes a la intervención quirúrgica dispensada.

2. LA CULPA

Para dar respuesta los tribunales a los supuestos de responsabilidad civil que se someten a su consideración es fundamental una ordenada metodología de pensamiento.

Dentro de esa ordenada metodología se habrá de constatar en primer lugar la existencia de un daño para, a partir de él, resolver primero sobre la existencia de la causalidad material o física, luego sobre la jurídica y los problemas de imputación objetiva a los que ya nos hemos referido, y concluir ofreciendo respuesta a la cuestión de la imputación subjetiva.

Esto último es lo que pretendemos abordar bajo este epígrafe relativo a la culpa.

Como tuvimos ocasión de ver, cuando reflexionamos sobre la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente, nuestra jurisprudencia configura la responsabilidad civil del médico como una responsabilidad basada en la culpa.

La culpa se residencia en la idea de negligencia o falta de la diligencia exigible.

Operando así se llega al axioma clásico de que esa diligencia viene dada por la denominada “lex artis”; de forma que la responsabilidad civil médica nace con el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de esa “lex artis” que será el criterio de valoración de la conducta del agente, profesional de la medicina, teniendo en cuenta las condiciones de éste, la complejidad del acto médico, su transcendencia vital y factores endógenos o exógenos que lo acompañan, para así concluir su conformidad o no a la técnica normal requerida.

Tal diligencia comportará, por tanto, no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas indicadas en una buena praxis, sino su aplicación con el cuidado y precisión que sean exigibles en función de las circunstancias y los riesgos inherentes al concreto acto médico. STS (Sala 1ª) 19 de octubre de 2007 (ROJF: STS 6624/2007); 11 de marzo de 1991 (ROJ: STS 13345/1991).

Esa “lex artis ad hoc” se diversifica en dos fases: diagnóstico y tratamiento.

Al profesional de la medicina se le exige una mayor diligencia por razón de la singularidad del servicio que presta, pero ello no transmuta la responsabilidad subjetiva en objetiva, pues el médico no puede responder de complicaciones que en el estado actual de la ciencia, o con los medios puestos a su alcance, sean imprescindibles o previsibles pero inevitables.

Como afirma la STS (Sala 1ª) de 19 de julio de 2013 (ROJ: STS 4090/2013), con cita de las de 20 de noviembre de 2009 y 3 de marzo de 2010, “los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se puedan derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológicas... cuando está reconocido científicamente que la seguridad de un resultado no es posible pues no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual (SSTS 12 de marzo de 2008; 30 de junio de 2009)”.

A partir de la previa información, tampoco cabe apreciar incumplimiento de la *lex artis ad hoc* cuando exista debate científico entre diversos tratamientos para la curación del mal que aqueja al enfermo y se opte por uno de ellos.

Puede suceder que no estemos en presencia de actos de un solo médico sino en supuestos de intervención de equipos médicos en el que el daño puede originarse en dos situaciones: por haber intervenido en el acto varios profesionales de la medicina o por existir una secuencia de actos atribuidos a diversos facultativos.

Hay un principio inspirador de tales intervenciones en equipo que es el de confianza; por el que cada interviniente confía en que el resto de los profesionales ajuste su conducta a la diligencia que le es exigible, de forma que no pueda exigirse a cada uno de los miembros del equipo un control permanente de las actuaciones de los restantes.

No obstante, tal principio quiebra cuando la negligencia cometida sea tan grave, grosera y notoria que debiera ser percibida por los restantes facultativos del equipo con obligación de corregirla para evitar el daño.

Surge la interrogante de qué sucede si no es posible individualizar la aportación culpable del daño en estos supuestos de atención médica en equipo. Se afirma que se trataría de un caso de “culpa anónima” que impediría la exigencia de responsabilidad civil individual a cada uno de los profesionales intervinientes, debiendo responder el centro hospitalario, público o privado, del resarcimiento del daño producido en su sede.

Llegados a este estadio del discurso, y sentado que la responsabilidad civil del médico se configura como una responsabilidad basada en culpa, cabe decir que, sobre tal presupuesto, se impone al paciente que se estima perjudicado por un acto médico la carga de probar que dicho acto no se compadece con la *lex artis ad hoc*, siendo éste, que reclama los daños, quien deberá probar que se han debido a una conducta médica descuidada o negligente.

Lo anterior no empece, en beneficio del paciente, a que la doctrina y la jurisprudencia establezcan paliativos en cuanto a la carga de la prueba, a fin de aliviar al perjudicado de esa pesada carga. Se aminora así el rigor probatorio para este por tener el facultativo a su alcance, en ocasiones, una mayor facilidad a la hora de acreditar la diligencia desplegada.

A) DAÑO DESPROPORCIONADO

El daño desproporcionado es una técnica que persigue facilitar al perjudicado la prueba sobre la negligencia del profesional demandado, como remedio para mitigar la carga que pesa sobre el paciente de acreditarla.

Con esta técnica se acude al juego presuntivo.

Es lo que se denomina “res ipsa loquitur” en la doctrina angloamericana, culpa virtual en la doctrina francesa; regla del *Anscheinsbeweifs* de la doctrina alemana.

Esta regla significa que los hechos hablan por sí mismo —res ipsa loquitur—, o lo que es lo mismo, que cuando concurren determinados hechos, suficientemente acreditados, las máximas de experiencia y el normal acaecer de los actos humanos conducen, de un modo lógico y racional, a colegir otros, con enlace preciso, presumiéndose, pues, la culpa. De ahí que mentada teoría se ubique fundamentalmente en el plano de la culpa y su prueba.

Recoge Seoane Spiegelberg² que esta máxima goza de una larga tradición en el derecho inglés que se remonta a 1865, en el caso de *Scott vs The London Docks*, en el que al dictar sentencia el juez ERLE dijo: “Cuando alguna cosa está bajo el cuidado del demandado o de sus criados y ocurre un accidente, siendo éste de tal naturaleza que en el curso normal de los acontecimientos no hubiere tenido que ocurrir, si quien tenía su manejo lo hubiese tratado con cuidado, entonces puede o debe presumirse en ausencia de suficiente prueba en contrario, que el accidente fue causado por negligencia del demandado”.

Según este autor son presupuestos esenciales para su aplicación los siguientes:

- a) Que no exista prueba alguna sobre el cómo y el porqué del accidente.
- b) Que el daño no se hubiera producido sin haber intervenido negligencia.
- c) Que el demandado había asumido personalmente o por sustitución el control de la situación.

Se trata, según se ha dicho, de una regla de prueba a través de la utilización de las presunciones, que se traduce en una presunción de culpa inferida de los hechos probados y sus circunstancias, si bien puede ser desvirtuada por el demandado acreditando que el daño es ajeno a su diligente proceder.

Esta doctrina ha hecho fortuna y se viene aplicando en materia de responsabilidad civil médica.

Los motivos de que así suceda obedecen a que, como se ha expuesto, en sede de responsabilidad sanitaria es elemento básico la culpa, o lo que es lo mismo, el incumplimiento por el agente profesional de la sanidad de la *lex artis ad hoc*. Pero sucede que en medicina se produce lo que se denomina “asimetría” de la información, faltándole al demandante los datos relevantes para conocer la realidad de su proceso y, por ende, para fundamentar su pretensión basada en la

² SEOANE SPIEGELBERG, José Luis “Institución de la responsabilidad civil ante los Tribunales: La carga de la prueba del daño y su cuantificación”. *XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*. Cádiz, junio 2012. Editorial Sepin.

culpa, o al menos siéndole muy dificultoso, gozando, sin embargo, el demandado de una posición privilegiada para acceder a ella. A pesar de tal asimetría la carga de la prueba pesa sobre el demandante perjudicado y, de ahí, que esta regla opere como técnica de facilitación probatoria, dulcificando la carga que recae sobre el paciente o familiar reclamante.

Conforme a la misma el daño desproporcionado se entiende como aquel no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional, que permite atribuir el daño causalmente a la imprudencia del médico, mientras éste no pruebe, mediante una explicación coherente, la razón de la disonancia entre el riesgo propio del acto médico realizado y la consecuencia más grave producida.

Esta teoría se aplicó por primera vez en la Sala Primera del Tribunal Supremo en la sentencia de 2 diciembre 1996 y desde entonces numerosas sentencias del Tribunal Supremo la han invocado.

No obstante, una invocación ligera y poco reflexiva de la citada teoría ha provocado que tanto la doctrina como la jurisprudencia se hayan visto obligadas a poner coto a ella, destacando que no puede calificarse como daño desproporcionado lo que no es más que un resultado indeseado o insatisfactorio, inserto dentro de los riesgos típicos de una intervención, naturalmente siempre que medie previa información, ya que no se estaría en presencia de daños impensables y fuera de toda proporción, sino posibles e inherentes al acto médico ejecutado.

Clarificadora es en este sentido, entre otras, la STS de 19 noviembre 2013.

Por tanto, y como colofón, por desproporcionado que sea el daño ninguna responsabilidad podrá imputarse al facultativo si éste facilita una explicación suficiente y convincente del origen de él, acreditando que no fue debido a su negligencia³.

B) CONSENTIMIENTO INFORMADO

Al tratar de la culpa hemos incidido en que ésta constituye un elemento básico en la responsabilidad médica, suponiendo la misma, sea la relación de origen contractual o extracontractual, un incumplimiento de los deberes médicos cuyo conjunto integra la denominada *lex artis*.

Pues bien, dentro de ese elenco de deberes se encuentran todos aquellos relacionados con la información.

La información, superadas pretéritas épocas de la relación médico-paciente, basada solo en la confianza de éste hacia aquél y correlativo paternalismo, tiene una doble vertiente: es un derecho para el paciente, fundado en la autonomía de decidir de éste, y una obligación para el médico e instituciones sanitarias, incardinada dentro de las obligaciones que conforman la *lex artis*. Meritada información se proyecta, de una parte, como previa al consentimiento, permitiendo al paciente prestar éste respecto del acto médico en condiciones de validez, por tener un cabal conocimiento del mismo y voluntad, que es lo que se denomina consentimiento informado. De otra, como información que se

³ Sobre esta cuestión hace un análisis crítico LLAMAS POMBO, Eugenio en “Doctrina general de la llamada culpa médica”, en *Cuadernos Digitales de Formación* n° 54, 2008, p. 11, del Consejo General del Poder Judicial.

ofrece al paciente por el médico, dentro de su deber asistencial, para hacerle ver las medidas terapéuticas o preventivas a seguir o, simplemente, para satisfacer su derecho a conocer su estado de salud.

Tal obligación tiene su desarrollo normativo en la Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

El consentimiento informado merecería una sola publicación para comprender su ámbito, contenido y singularidades, lo que imposibilita la extensión del presente trabajo.

Si se hace mención a él, dentro del tratamiento de la culpa, es para resaltar cómo éste forma parte de toda actuación asistencial y se encuentra incluido dentro de la obligación de medios que asume el médico

La STS de 27 de noviembre de 2011 (Sala 1ª), clarificadora para lo que queremos aquí subrayar, afirma: “El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo; 23 de julio de 2003; 21 de diciembre de 2005; 20 de enero y 13 de mayo de 2011), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Es un acto que debe hacerse efectivo con tiempo y dedicación suficiente y que obliga tanto al médico responsable del paciente, como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial, a fin de que él paciente pueda adoptar la solución que más interesa a su salud.

Y debe hacerlo de una forma comprensible y adecuada a sus necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que pudieran derivarse de la intervención sobre su particular estado, y en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a un especialista o centro distinto. La información por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente (SSTS 13 de octubre de 2009; 27 de septiembre de 2010; 1 de junio de 2011 -ROJ: STS 3146/2011)”.

Tan es así que la STS de 25 de noviembre de 2013 (ROJ: STS 5633/2013) (Sala 1ª) afirma que la falta de consentimiento informado es infracción de la “*lex artis*” del médico por lo que la cláusula que lo excluye en la póliza colectiva de Médicos es limitativa y sin efecto.

Sin ánimo de exhaustividad vamos a hacer dos consideraciones por estar íntimamente relacionadas con la responsabilidad médico-sanitaria que nos ocupa:

- a) Sin daño no hay responsabilidad alguna. “La falta de información, dice la sentencia de 27 de septiembre de 2001, y reiteran la de 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, no es per se una causa de resarcimiento pecuniario”, lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención

quirúrgica. (SSTS 9 de marzo de 2010; 4 de marzo de 2011; 20 de mayo de 2011 -ROJ: STS 2897/2011).

b) La STS de 4 de marzo de 2011 (ROJ: STS 1804/2011), a la que remite la de 16 de enero de 2012 (ROJ: STS 279/2012), trata de los efectos de la falta de información, distinguiendo según que el tipo de intervención sea medicina necesaria o voluntaria:

Los efectos que origina la falta de información, dice la sentencia de 4 de marzo de 2011, “están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa (SSTS de 12 de febrero de 2007, 23 de mayo, 29 de junio y 28 de noviembre de 2007; 23 de octubre 2008). Tienen además que ver con distintos factores: riesgos previsibles, independientemente de su probabilidad, o porcentaje de casos, y riesgos desconocidos por la ciencia médica en el momento de la intervención (SSTS 21 de octubre 2005 —cicatriz queuloidea—; 10 de mayo 2006 —ostecondroma de peroné—); padecimiento y condiciones personales del paciente (STS 10 de febrero 2004 —corrección de miopía—); complicaciones o resultados adversos previsibles y frecuentes que se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, incluidas las del postoperatorio (SSTS 21 de diciembre 2006 —artrodesis—; 15 de noviembre 2006 —litotricia extracorpórea—; 27 de septiembre 2010 —abdominoplastia—; 30 de junio 2009 —implantación de prótesis de la cadera izquierda—); alternativas terapéuticas significativas (STS 29 de julio 2008 —extirpación de tumor vesical—); contraindicaciones; características de la intervención o de aspectos sustanciales de la misma (SSTS 13 de octubre 2009 —Vitrecomía—); necesidad de la intervención (SSTS 21 de enero 2009 —cifoesciosis—; 7 de marzo 2000 —extracción de médula ósea—), con especialidades muy concretas en los supuestos de diagnóstico prenatal (SSTS 21 de diciembre 2005 y 23 de noviembre 2007 —síndrome de down—)”.

EPÍLOGO

Con la concisión exigible he querido, según expresé en el frontispicio de este trabajo, destacar cómo la jurisprudencia, consciente de los derechos del paciente que debe tutelar, pero también de la singularidad que representa el servicio médico-sanitario y la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente, ha ido creando un cuerpo de doctrina conciliador de ambos intereses, tratando de explicar que la judicialización de la medicina “per se” no es negativa, siempre y cuando la presida el rigor, debiendo los tribunales velar por que así sea, pues tan negativa es la multiplicación de demandas infundadas como la exoneración de responsabilidades en contra de un bien jurídico tan valioso como es la salud.