

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ  
Coordinador

# **RELACIONES ENTRE LA MEDICINA Y EL DERECHO**

## **Binomio interdisciplinar**

**CICLO DE CONFERENCIAS  
PRONUNCIADAS EN LA  
FUNDACIÓN RAMÓN ARECES**



**FUNDACIÓN RAMÓN ARECES**





**RELACIONES ENTRE  
LA MEDICINA Y EL DERECHO  
Binomio interdisciplinar**



LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

Coordinador

# RELACIONES ENTRE LA MEDICINA Y EL DERECHO

Binomio interdisciplinar



FUNDACIÓN RAMÓN ARECES

Reservados todos los derechos.

Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso escrito de Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A.

© EDITORIAL CENTRO DE ESTUDIOS RAMÓN ARECES, S.A.  
Tomás Bretón, 21 - 28045 Madrid

© FUNDACIÓN RAMÓN ARECES  
Vitruvio, 5 - 28006 Madrid

Depósito legal: M-24882-2008

Impreso por ANEBRI, S.A.  
Antonio González Porras, 35-37  
28019 MADRID

Impreso en España / *Printed in Spain*

# ÍNDICE

Introducción.	
Luis Martínez-Calcerrada y Gómez .....	9
Presentación.	
Francisco José Hernando Santiago .....	11
Binomio interdisciplinar: Medicina y Derecho.	
Luis Martínez-Calcerrada y Gómez .....	17
La Medicina: Ciencia, Arte Técnica.	
Jorge Rodríguez-Zapata .....	47
La responsabilidad médica. Juego de la “Lex Artis ad hoc”.	
Criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.	
Juan José González Rivas .....	63
Responsabilidad civil y consentimiento informado.	
Xavier O’Callaghan.....	103





# Introducción

El Ciclo de conferencias celebrado los días 16 y 17 de abril de 2007, bajo el patrocinio de la Fundación Ramón Areces, pretenden en su sistemática expositiva analizar que, la dualidad Medicina y Derecho son los más exponentes del repetido Binomio, porque ambas disciplinas, como ciencias emanadas del hombre como protagonista, contienen una sustancial comunidad en los aspectos más sobresalientes de ese protagonismo, tanto en su dimensión antropológica, como en su dimensión social o de convivencia o de relación con los otros.

Y así, hace tiempo el Departamento de Medicina Legal de la Facultad de Córdoba y, sin duda, atisbando el significativo interés y creciente actualidad de su temática, tuvo el acierto de organizar unas Jornadas de estudios sobre una zona del saber interdisciplinar enunciada con rúbrica monográfica tan apasionante como “El Derecho en las fronteras de la Medicina”, de eco expresional que alude a la calidad de aquel significado y cuyos citados interés y actualidad, puede afirmarse, que, en ciertos sectores, alcanza ya cimas de polémica general que, hasta con más o menos apasionamiento, han aflorado en los medios de difusión e información: y, así surgió la idea de reflejar la común, en tantas esferas de convergencia, exhibición, bajo el adecuado tratamiento de la sistematización científica, de los problemas que afectan por igual al Derecho como a la Medicina, porque, no existe en el campo de dación de las complejas ramas del saber, o, en el que se acunan todas y cada una de las especialidades de su exposición metodológica, ningún otro exponente más puro de *cohesión interdisciplinar* de las referidas, y eso que cada uno se asienta, en su conformación científica respectiva, en dispar naturaleza: el Derecho, como ciencia valorativa, la Medicina, como ciencia experimental/natural. Y es que la necesidad, interés o utilidad comentados, se reforzaban al meditar el amplio colectivo de profesionales incardinados en su problemática y en el vacío existente al respecto, pues no hay duda de la realidad de un conjunto de profesiones implicadas en su cuestionabilidad médico-legal cada vez más conflictiva y, finalmente, porque aquel colectivo es inmenso: interesa o repercute tanto al médico, como al abogado en ejercicio, como a otros profesionales del Derecho y al resto de los demás sanitarios o afines, auxiliares, A.T.S., farmacéuticos, etc.

El elenco de los conferenciantes:  
Luis Martínez-Calcerrada y Gómez  
Jorge Rodríguez Zapata  
Juan José González Rivas  
Javier O' Callaghan

Previa presentación del Excmo. D. Francisco José Hernando Santiago, Presidente del Tribunal Supremo, justifican, en modo que prosiga ese Patrocinio de la Fundación Ramón Areces, para la presente publicación de sus respectivas Ponencias.

Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

# Presentación

FRANCISCO JOSÉ HERNANDO SANTIAGO

Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial

Ante todo debo agradecer, en nombre de los jueces y magistrados españoles, la invitación que me cursa la Fundación Ramón Areces para participar en este ciclo de conferencias dedicado a las Relaciones entre la Medicina y el Derecho; un agradecimiento que he de hacer extensivo a mi compañero, durante tantos años, en las tareas jurisdiccionales del Tribunal Supremo, Luis Martínez Calcerrada, quien ha dedicado no poca de su producción jurídica, en su doble faceta de Magistrado y de Catedrático, a materias en las que confluyen ambas vertientes del saber humano.

La ocasión constituye, por otra parte, un honor para quien les habla si atendemos a la alta calidad científica del ciclo, tanto por lo que corresponde a sus ponentes (todos ellos juristas de renombre), a su comité científico, como a los destinatarios de las conferencias. Es a la vez, por todo ello, un honor y una garantía de éxito de la convocatoria.

Mi papel en este acto se ha de limitar, tal y como reza el programa, a clausurar el ciclo. No obstante, no quisiera hacerlo sin hacer una reflexión muy breve sobre el objeto de estas conferencias. Al hacerlo les descubro una inquietud personal que posiblemente esté presente en la mayoría de los juristas, y que, conscientemente o no, asoma en la labor de todo juez en algún momento de su carrera, cual es la de las relaciones entre el Derecho y la Medicina, o entre la Medicina y el Derecho.

Son muy diversos los puntos de vista desde los que contemplar los lugares comunes existentes entre ambas ramas del saber humano. Son no pocos asimismo los objetivos, dificultades e inquietudes de los que participan los profesionales de una y otro, tanto a la hora de enfrentarnos a nuestra labor como a la de relacionarnos con la sociedad.

En buena medida, pese a las notorias diferencias que caracterizan al Derecho y a la Medicina, esa coincidencia parte del hecho de ocuparse, las dos, del hombre. Desde diferentes puntos de vista, pues la Medicina atiende a aspectos biológicos y antropológicos, y el Derecho se ocupa de su vertiente social o intersubjetiva, pero es el hombre mismo el sujeto

sobre el que giran las dos. Y no sólo eso, sino que ambas, Medicina y Derecho buscan, desde lugares diferentes de la realidad del hombre, el bienestar de éste: la Medicina, como instrumento al servicio del mantenimiento y recuperación de la salud física o psíquica del ser humano; el Derecho, como medio para la consecución de la justicia y la convivencia en paz de los hombres.

Como se ve, ambas son ciencias humanísticas, parcelas al servicio de un fin más general, dentro de lo que entendemos como civilización, que es la preservación y consecución de la dignidad del ser humano: su dignidad como ser indiviso y autónomo, compuesto por un conjunto de sistemas y órganos cuyo complejo engarce facilita su desarrollo vital. Pero también su dignidad como ser social, el conocido “*ton politicón*” –sic– del que nos hablaba Aristóteles: el hombre como ser autónomo, tiene derecho a la preservación de su dignidad física, un derecho moral a la salud, pero también tiene un derecho moral a vivir en paz, en justicia, en libertad y con igualdad de oportunidades que el resto de sus congéneres: y esto último quien debe facilitararlo es ese vasto territorio de normas, principios y reglas que conforman los ordenamientos jurídicos. El Derecho, en fin.

Derecho y Medicina, son, en resumidas cuentas, instrumentos al servicio de la preservación de la dignidad de los hombres. Pero, al margen de ello, que creo es una realidad difícilmente refutable, las relaciones entre el Derecho y la Medicina no derivan tan solamente del hecho de proyectarse, las dos, sobre el ser humano. A mayor abundamiento, y pese a sus diferencias esenciales en cuanto a técnicas, métodos y objetivos particulares, la Medicina y Derecho mantienen una interdependencia palpable en algunas de sus parcelas más características. Las dos son actividades humanas que se remontan a los orígenes de la civilización, y los avances de la Medicina y el Derecho han ido aparejados, cuando no han sido los motores, del avance de la civilización. Uno como otra han estado a lo largo de centurias muy ligados a la religión y a la magia, lo que muy posiblemente contribuyera a su no inclusión entre las denominadas “*artes liberales*” que componían en el Renacimiento el *Trivium* y el *Quadrivium*.

Algunas de las notas características que impidieron al Derecho ser integrado entre las denominadas Ciencias exactas están presentes en la Medicina. Durante décadas se negó el carácter científico al Derecho, opinión sintetizada en la conocida expresión de Von Kirchmann. Aún siendo una ciencia experimental, la investigación médica tiene también una elevada componente especulativa, desde el momento en que parte de la apreciación de hechos concretos a los que, previa calificación por

el experto, es preciso aplicar una determinada terapia o consecuencia médica, y sus resultados están sometidos, como los del Derecho, a variables de diversa índole, que no aseguran un resultado al final del camino lógico: así lo demuestra también la extensa doctrina existente acerca de la “*lex artis ad hoc*” del médico, en materia de responsabilidad profesional. E igualmente ocurre, “*mutatis mutandis*”, con el Derecho, ciencia especulativa, pero ciencia –al margen de las críticas– en la medida en que contribuye al conocimiento ordinario y sistemático de una importantísima dimensión de la realidad humana.

Ese carácter no exacto, del hecho de no poderse garantizar a priori por parte del Médico y del Jurista el resultado esperado por el paciente, por el cliente o por el ciudadano, han hecho a Médicos y Juristas copartícipes muchas veces de la incomprensión de nuestros conciudadanos, y a ser incluso castigados socialmente, desde el refranero hasta el más sesudo opinador.

Tópicos injustos e inmerecidos. Medicina y Derecho no sólo son expresiones máximas del grado de civilización del hombre; comparten, además, una esencial función terapéutica; la Medicina, al diagnosticar el grado de sanidad del sujeto y aplicar el tratamiento paliativo o curativo más idóneo, el Derecho, al actuar como solución frente a las patologías de las relaciones sociales, proponiendo soluciones legales pacíficas y equitativas que garanticen la convivencia social y eviten la reacción vengativa del afectado y de los miembros de su clan contra el ofensor, o preventivas que eviten el conflicto.

Lo dicho nos conduce, sin solución de continuidad, dentro de las coincidencias entre Derecho y Medicina al ámbito de su mutua interdependencia, circunstancia que se hace día a día más patente: el Derecho influye en la práctica de la Medicina desde antiguo y como cabría esperar, toda vez que de la relación médico-paciente se derivan una serie de recíprocos derechos y obligaciones de cariz no sólo ético sino eminentemente jurídico.

Al margen del innegable valor ético del código hipocrático, la actuación del profesional sanitario se define por parámetros reglados en la Ley y está condicionada por las demandas y expectativas del paciente de una adecuada atención médica; un paciente que, como ciudadano, tiene cada vez mayor conciencia de sus derechos. Estos condicionantes han convertido la práctica sanitaria en territorio fértil para el jurista, pues la relación médico-paciente es primordialmente social –en consecuencia, con relevancia jurídica– y posible fuente de controversias que están sujetas a la tutela de los jueces. La base legal para dicha vin-

culación la marca hoy la Constitución de 1978, en cuyo artículo 43 se reconoce el derecho a la protección de la salud, pero la actuación profesional del médico venía ya establecida, con anterioridad, por las exigencias de la cláusula general de responsabilidad del artículo 1902 del Código civil y por el desarrollo en los últimos años del Derecho sanitario, en sus vertientes pública y privada.

En este sentido, el Derecho acude en auxilio de las partes de la relación y de una adecuada prestación sanitaria, y establece los términos equitativos y justos por los que las mismas deben discurrir. En este ámbito se aprecian, en los últimos tiempos, determinados factores que han dado mayor protagonismo jurídico y judicial a la actividad de los médicos: me refiero a la expansión de la exigencia de la *responsabilidad médica*, que ha sido analizado dentro del ciclo. En el campo de la investigación también hay indicios de la interdependencia entre Derecho y Medicina, pues los avances de la moderna investigación han provocado una lógica reacción bioética que necesariamente ha derivado en el establecimiento de pautas regladas sobre el ajuste a Derecho de determinadas prácticas profesionales hasta ahora desconocidas.

Como digo, también la Medicina ha influido en la evolución y perfeccionamiento de las ordenaciones legales. El modo de ser de los derechos y de las relaciones jurídicas viene definido por variables de diferente índole, entre las que existen no pocos elementos extrajurídicos que entroncan de manera directa con el ámbito sanitario. Por otro lado, el legislador se ve en muchos casos en la necesidad de manejar conceptos jurídicos indeterminados, en la medida en que son comprensivos de conceptos o realidades que producen consecuencias jurídicas. Hechos como el nacimiento, la vida, la edad, la muerte, la incapacidad, la demencia, la sordomudez, la enfermedad, el envejecimiento, el envenenamiento, la capacidad de obrar y otros, tienen relevancia para el Derecho, pero exigen, para su determinación, la previa asunción de un concepto para cuyo conocimiento exacto se siente más seguro y capacitado el médico que el jurista.

La Medicina ha desarrollado además técnicas auxiliares para ciertos ámbitos del Derecho que permiten al operador jurídico conocer mejor la realidad de los hechos sobre la que se aplica, y que ha transformado muchas concepciones jurídicas. En este punto ha sido particularmente clara la influencia, por ejemplo, de la Psiquiatría, la Genética o la Anatomía Patológica, decisivas en nuestro Derecho penal, muchos de cuyos enunciados han evolucionado al ritmo de la ciencia médica.

Por no hablar de la esencial labor del perito médico en la decisión de muchos litigios y causas judiciales, tanto para la subsunción de hechos en el supuesto de la norma como para la propia averiguación de hechos no aprehensibles por los sentidos para el lego en Medicina.

No quiero traicionar mi propósito de brevedad y por ello debo concluir ya. Creo que con lo dicho he dejado pruebas suficientes de que la relación entre Derecho y Medicina es una realidad evidente y conocida, y lo evidente, según la regla lógica de argumentación, no requiere mayor explicación.

Por eso mis palabras finales deben servir, tan sólo, para reiterar de nuevo mi gratitud y para felicitar a la Fundación Ramón Areces por el seguro éxito de este ciclo de conferencias. Indicativo, por demás, de que el Derecho no es una realidad petrificada ni ensimismada, sino permeable a otras ramas del saber y a la evolución del conocimiento. Bien está por ello que los juristas prestemos adecuada atención a esos lugares que, como ocurre con frecuencia en las zonas de frontera, suele ser también lugar de incertidumbre.

Espero y confío en que las cuatro ponencias hayan contribuido a hacer luz en ese territorio, a veces sombrío y siempre fascinante. Ojalá que haya sido así, y que de ellas hayan asomado los problemas que el hombre ha de afrontar a la vez desde la Medicina y el Derecho: ello sólo es condición necesaria para la búsqueda de soluciones adecuadas. Así ha sido siempre y así seguirá siendo en el futuro, en beneficio de la sociedad y de sus miembros.

Muchas gracias.





# Binomio interdisciplinar: Medicina y Derecho

LUIS MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ

Magistrado del Tribunal Supremo

Catedrático de Derecho Civil

Presidente de la Sección de Derecho de la Real Academia de Doctores

## 1. La Medicina

### 1.1. Su categoría científica como ciencia experimental natural

Al punto ha de afirmarse que la Medicina como una ciencia experimental operativa, junto con las así llamadas “ciencias cosmológico/naturales”, es la más natural de las ciencias existentes, ya que el *objeto del saber* que somete a conocimiento y tratamiento unitario en torno a su función y finalidad es la realidad de la naturaleza racional o el cuerpo humano; en una visión personal, si las ciencias valorativas acotan, como objeto de conocimiento, la conducta del hombre y del modo o sector en que la estudian o aprecian, así surge la variedad disciplinar –ciencias jurídicas, económicas, sociológicas-, la Medicina no sólo es ciencia natural porque acota al hombre en su composición somática como objeto de conocimiento, sino porque hasta contempla también, en su esfera *u hortus* disciplinar, los aspectos de su conducta más atípicos o que, en cierto modo, distorsionan el esquema del *facere* general, así, si la *psicología* analiza el precipitado mental de esa conducta, la *psiquiatría* considera las quiebras que la misma produce en el diseño social típico: la Medicina, pues margina o se conecta además con las ciencias valorativas. Por su primordial carácter científico, el acoplamiento a los dictados de la «*lex artis ad hoc*» es inconcuso y, por consiguiente, el médico, como científico, es también un técnico, que proyecta al exterior –paciente, sociedad– el fruto de sus conocimientos, y mediante su “arte de curar” –decíase con sabor antiguo– consigue o

intenta conseguir el resultado terapéutico buscado con su intervención. Desde el mero cotejo de la conciencia popular –sabia conciencia que acoge convicciones de rica secularidad– podría afirmarse que, acaso, a la única variante de las disciplinas científicas a la que se le asigna el calificativo de “arte” con más sentido o entendimiento es a la Medicina: el “arte *médico*”, el “arte de curar” –se dijo antes– son expresiones de fácil reencuentro en el decir de las gentes.

Todas las notas citadas nos llevan a plantearnos un tema más filosófico que jurídico o práctico. Es el de la *configuración de ciencia médica* –y, por tanto, de la actividad que sus profesionales desarrollan– como tal ciencia en sentido estricto o como algo que va más allá aproximándose a un arte.

Si la vida del médico es dedicación, espíritu de sacrificio, bondad, vocación, no deja de ser forzada –o, al menos, de parecerlo– su calificación como ciencia, y a pesar de ello suele ser su calificativo más usual –y en tal sentido pueden encontrarse diversas alusiones a la ciencia médica–. No cabe duda que la Medicina reúne gran número o todas las notas caracterizadoras del término ciencia. En su introducción, el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española entiende la Medicina como ciencia.

El carácter *científico* de la Medicina se obtiene simplemente por comparación con otras actividades que también podríamos calificar de sanitarias y que, sin embargo, utilizan medios que no pueden ser calificados de científicos. La Medicina, por su parte, en todos sus pasos, se ajusta estrictamente a las características más puras del conocimiento humano catalogado como científico y en tal sentido suele ser –y lo es razonablemente– aludida como ciencia médica.

Pero si la Medicina responde a las notas de la ciencia, no es menos cierto que en su ejercicio existen ciertas notas que van más allá de la pura y estricta ciencia. Las innegables notas de intuición que expresa el médico en su labor, el dato fundamental de la vocación en aquella persona que piensa en dedicarse –de por vida– al ejercicio de la Medicina, el ya citado espíritu de sacrificio y la absoluta disponibilidad física y moral por y para los demás hacen de la Medicina una ciencia muy especial.

En cuanto a la *Medicina como Arte*, se subraya que ya antiguamente se tuvo un concepto de la Medicina que rondaba el ejercicio de activi-

dades que no duraron en calificarse de sacerdotales. *El actor* de la Medicina debía reunir altas dosis de espiritualidad y un elevado nivel filosófico. El médico-sacerdote actuaba algo más que una ciencia y con el transcurso de los tiempos no ha sido rara su calificación como auténtico *arte*. Así al igual que antaño se hablaba en referencia a las intervenciones del médico de “curaciones milagrosas” no nos es extraño hoy referirnos al “arte de curar” para aludir a la ciencia médica.

En definitiva, la Medicina no sólo es ciencia, esto es, acota una determinada rama del saber como objeto de su conocimiento, sino que por propia ontología trasciende al exterior, es decir, el médico –científico– debe actuar profesionalmente en pos de un efecto terapéutico-sanitario, y ello lo consigue a través de la *técnica* correspondiente, técnica que se plasma merced a la particular manera de entenderla por cada profesional y que no es sino su sentido *artístico o artesanal* de la prestación que se le demanda.

### 1.2. *El Profesional de la Medicina: El Médico en su excelstitud profesional*

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al médico como “el que se halla legalmente autorizado para *profesar* y ejercer la Medicina”, a la que concibe como una ciencia. En este sentido, podemos afirmar que el médico al cumplir funciones de un elevado nivel espiritual y social que realiza de forma técnica pero no mecánica, puede, sin lugar a dudas, ser calificado de profesional “perteneciente al magisterio de la ciencia médica”. Tal era la calificación que el Dr. Marañón atribuía al médico en el prólogo de la obra de Benzo.

El profesional de la Medicina puede además ejercerla libremente, modo de ejercicio que pese al movimiento socializante de las profesiones aparece hoy en toda su extensión. Es la médica, además, una profesión u ocupación predominantemente intelectual en la que el médico actúa sus conocimientos personalmente. Actividad que requiere grandes dotes de talento e intuición y por la cual se le exige a su actor especiales responsabilidades.

El dato de la *preparación universitaria y de la necesidad de título académico* habilitante para su ejercicio –y el añadido de la colegiación– también aparecen en referencia al médico, así como la jerarquización y la competitividad que conllevan necesariamente la especialización. Quizá sea en relación al médico donde más claramente pueda apreciarse la nota de la especialidad de materia. Es sabido la crisis que parece afectar

al llamado “especialista en Medicina general” relegado en sus funciones ante la popularidad de los especialistas y el aumento de la cultura médica entre los ciudadanos propiciado en parte por los poderes públicos en cumplimiento del deber que la Constitución les encomienda de velar por la salud. El auge de la *especialización* ha dado lugar –y aún hoy día lo sigue dando– al nacimiento de innumerables ramificaciones que sería extensísimo enumerar ahora. Incluso han surgido formas singulares de ejercicio profesional como la homeopatía, acupuntura y Medicina naturista y por el mayor tecnicismo requerido en la práctica de cada especialidad aparecen las llamadas *profesiones paramédicas* que, en un alto grado, actúan como brazo ejecutor de ciertas prescripciones del médico (ATS-enfermería, la fisioterapia, podología, óptica...).

Para acabar con este examen sobre el posible ajuste de los caracteres del profesional libre al médico, hay que afirmar que si el abogado, el hombre de letras, el profesor..., en palabras de Herbert Spencer “buscan el aumento de la vida” ninguna otra profesión como la médica encaja mejor en esa característica del *profesional* libre. De otro lado, la función desarrollada por el médico es eminentemente social. Comienza el artículo 5º del Código de Deontología Médica: “La profesión médica está al servicio del hombre. El ejercicio de la Medicina es una misión eminentemente humanitaria”. La dedicación a los demás es, pues, nota dominante en la profesión médica que por su función se hace imprescindible para la sociedad mereciendo por ello en terminología de Ataz López el calificativo de Servicio de pública necesidad.

En definitiva, y siguiendo la definición del vocablo profesional, podemos decir que *médico es* aquella persona que, en posesión del título que legalmente le habilita para el ejercicio personalizado de la Medicina, ofrece a sus congéneres la prestación de un servicio médico especializado de utilidad social.

### 1.3. La Actividad del Médico

La profesión médica ha tenido en la *Historia* diferentes configuraciones. En un principio se le atribuía un cierto carácter sacramental que, a pesar de mantenerse, fue cediendo terreno a una concepción familiar del ejercicio de la Medicina. Hoy día el auge de las ciencias técnicas y su inserción en el mundo de la tradicional intuición médica, ha generado un conflicto en la concepción del profesional médico que podríamos enunciar como “Medicina:automatismo ‘versus’ familiaridad”.

Ya anticipamos cómo un cierto movimiento actual configuraba la profesión médica como una serie de actuaciones impersonales ejercidas por un sujeto titulado sobre un objeto (que, sin embargo, no es otro que el cuerpo humano). Junto a ese *movimiento socializante* y en la misma línea de *despersonalización* de la actividad médica, se encuentra lo que hemos dado en calificar el *automatismo médico*. La Medicina, hoy, corre el riesgo de ser calificada única y exclusivamente desde el punto de vista técnico, como una ciencia tendente a la exactitud. Ya Marañón, en su prólogo a la obra de Benzo, avisaba del peligro que suponía tal idea y hacía hincapié en lo erróneo de entender que la Medicina era una ciencia exacta, pues ni siquiera la creciente tecnificación de los medios utilizados por los médicos restaba importancia al dato de la intuición en la actividad del profesional de la Medicina.

### 1.3.1. El Humanismo de su esencia

Aún afirmando la ingente mecanización de los instrumentos médicos es absolutamente necesario mantener *el carácter personal* de esta profesión. Se aprecian en este sentido nuevas concepciones del profesionalismo en las que no lo es todo el fin dejando a un lado los medios de conseguirlo. Casi ha estado a punto de hacerse aplicable a los médicos la idea de que el fin justifica los medios, pero afortunadamente resurgen con fuerza las corrientes humanitarias que abogan por mantener el trato personal y familiar con el paciente, aunque sin olvidar la necesidad de hacerse a los adelantos técnicos.

Núcleo aislado que permaneció –y aún hoy se mantiene– al margen del problema enunciado fue el de la *Medicina rural*. El profesional de la Medicina que actuaba sus conocimientos en las zonas más aisladas de la actual y mecánica civilización mantuvo en su ejercicio, con toda su pureza, las notas de humanismo que tradicionalmente habían caracterizado a la profesión médica. Ante la crisis que en las ciudades experimentó el *médico de cabecera* –o especialista de Medicina general– fue el médico rural el único superviviente de la llamada Medicina familiar o personal. El médico en los pueblos sigue siendo figura a la que con cariño y respeto se acude en busca de ayuda. Su labor excede con mucho la estrictamente médica llegando a ser el confidente de los males y penas que afectan a su clientela. En este ámbito sigue manteniendo el médico su carácter sacramental. La confianza en él de sus vecinos –casi parientes, casi nunca clientes– crea un ambiente propicio al ejercicio de una ciencia que, humanitaria ante todo, necesita del calor del trato personal.

Hemos de concluir afirmando el auge de una conciencia profesional y la necesidad de que la ciencia humanista por excelencia no pierda tal carácter, renovándose las naturales notas de familiaridad y confianza que nunca debieron faltar en la relación médico paciente. Ahí radica el rubricado Humanismo de la esencia del “*facere*” médico.

#### 1.4. *El desafío socializador*

Si la función social de la Medicina es innegable, hay que afirmar que lo es menos la posibilidad de cumplir tal función a través del ejercicio libre de la profesión médica. Razones no faltan para apoyar la socialización de la Medicina siempre que se circunscriba a un limitado ámbito de actuación. Es cierto que la salud ha de protegerse por los poderes públicos en virtud del mandato constitucional contenido en el artículo 43 de la norma fundamental española. También hay que convenir en que toda persona ha de tener derecho a la protección y atención médica, sobre todo, en referencia a los más necesitados, para los que la posibilidad de libre elección entre escalafones jerarquizados de profesionales nada significa cuando sus posibilidades tan sólo les permiten el acceso a los medios que la sociedad ha dispuesto para tales fines.

Pues bien, admitida la necesidad de una cierta socialización de la Medicina, es necesario afirmar rotundamente la *supervivencia del ejercicio libre* de la actividad médica. La historia nos muestra cómo la profesión médica fue la primera en configurarse y actuar de un modo que hemos convenido en calificar de liberal. En su larga historia nunca dejó de existir con tal carácter y aún hoy la realidad de la práctica diaria nos muestra su presencia.

Es la Medicina una ciencia en la que juega un importante papel la intuición de quien la ejerce, la confianza que en el paciente despierta el doctor, los conocimientos de éste –imposibles de estandarizar– y también –pero nunca solamente– los medios técnicos empleados. Con tales ingredientes imposible parece una socialización absoluta de su ejercicio. Esta existirá necesariamente para garantizar un mínimo nivel de asistencia que asegure a todos su derecho a la atención médica; pero más allá de la libertad de cada uno de elegir, dentro de sus posibilidades a aquella persona que por sus cualidades parece la más idónea, no podrá ser negada aquella asistencia. El ejercicio profesional y libre de la Medicina puede encuadrarse, además, dentro de la libertad de empresa, en el marco de una economía de mercado, principio reconocido en

el artículo 38 de nuestra Constitución, si tenemos en cuenta que el médico que ejerce libremente su profesión se habrá de dar de alta en la licencia fiscal.

En conclusión, por las propias características de la profesión médica y por la protección que genéricamente otorga la Constitución al ejercicio libre de las profesiones, la supervivencia de esta clase de ejercicio profesional se encuentra garantizada y, aunque habrá de compatibilizarse con el necesario grado de socialización de su ejercicio, no sucumbirá ante las pretensiones de quienes intentan eliminarlo.

#### 1.4.1. Sus caracteres

Examinado el concepto de profesional, tenemos que delimitar, ahora, las notas características de la *actividad* desarrollada por los *profesionales* libres.

- 1) Elemento subjetivo de tal actividad lo será, evidentemente *el profesional* cuya caracterización ya hemos realizado con anterioridad y cuyos requisitos principales son la titulación universitaria y la colegiación.
- 2) Objetivamente la actividad desarrollada por los profesionales se caracteriza por ser una *ocupación eminentemente intelectual* en la que la intuición y las dotes de creación y personalidad son básicas.
- 3) Es, además, una actividad de ejercicio *personalizado, intuitu personae*, en la que el profesional plasma sus propias y específicas cualidades logrando en base a ello ofrecer a su clientela un servicio diferenciado y peculiar, cuyas notas características serán lo que atraiga la clientela.
- 4) Es también una actividad encuadrable en sentido *económico dentro del sector de servicios* y quizá podría calificarse como de utilidad social. Quiere esto decir que el profesional actúa en y por interés ajeno cumpliendo funciones socialmente muy apreciadas.
- 5) Es, por último, una *actividad especializada*. Las generalidades y los amplios campos de actuación conllevan –casi siempre– la falta de atractivo en la oferta del profesional no especializado, pues existirán siempre competidores que dominen la materia objeto de intervención (cualificada) profesional.



Formalmente puede caracterizarse la actividad profesional por el ejercicio individual –bien aisladamente, bien organizada en grupo– y privado de la profesión, frente al ejercicio social y dependiente de la administración estatal. Un elemento añadido de carácter socioeconómico y quizá político es el de la organización estatal. El ejercicio libre de las profesiones es sin duda característico de la economía occidental o de mercado; y es inexistente en los países de economía planificada donde la socialización de toda posible actividad hace impensable la actuación libre de los profesionales.

### 1.5. *Sus factores de influencia*

Antes se dijo que la actividad profesional es fundamentalmente social. Ello tanto por las funciones que intenta cumplir como porque se desarrolla y ejercita en y para la sociedad. En este último sentido existen toda una serie de *factores de influencia* que actúan sobre la vida profesional y la hacen imprevisible o al menos impiden la autorización de su ejercicio y la segura previsión de sus resultados.

Siguiendo, aquí, a Rico Pérez examinaremos a continuación algunos de estos factores de influencia:

–*Factores psicológicos*: Nos referimos a la necesidad de adecuarse a la psicología de la *clientela*. Hoy día surgen nuevos planteamientos en el cliente a la hora de seleccionar el profesional adecuado a sus necesidades. Existen muy diferentes ofrecimientos en función de su calidad y de su cualificación, pero, en ocasiones, no es tanto la preparación y el bagaje de conocimientos lo que se busca, sino tan sólo aparecen en la selección motivaciones que podríamos llamar esnobistas y si bien no son estas últimas el único factor motivante, al menos sí contribuyen a la elección final. En otras ocasiones la búsqueda del servicio se automatiza prescindiendo por completo de la valoración del que se solicita (búsqueda de un abogado en las páginas amarillas).

–*Factores sociales o sociológicos*: Incluiríamos aquí todo lo referente a la socialización parcial –algunos propugnan que sea total– de toda actividad profesional ya examinada y a la diferente composición de los grupos sociales que integran una determinada sociedad.

–*Factores técnicos*: Aparece aquí la creciente *tecnificación* que afecta a los profesionales actuales. Los medios técnicos utilizados son ahora un muy importante factor a la hora de los resultados –aunque sólo sea de

los económicos—. Ahora bien, a pesar de su importancia y de la necesaria actualización de técnicas que debe ser regla para todo profesional, hemos de hacer hincapié en que la relación profesional–cliente se ha caracterizado desde antiguo por el trato personal y la confianza. La desaparición de estas características lleva a la automatización y a la despersonalización en las relaciones profesionales. La *tecnología* produce, además, un efecto peculiar: el de la seguridad en la corrección de lo realizado, y ello en actividades que puedan tener un cierto margen de inexactitud previa, puede conllevar errores de consecuencias muchas veces irreparables.

Este factor de influencia cubre, hoy, casi todo el espectro de actuaciones profesionales. Se ha generalizado que todo profesional que se precie parece predeterminado a tecnificar el ejercicio de su profesión. Es éste, además, un dato que se relaciona con el factor psicológico, pues la técnica muchas veces impresiona o da *status* a un determinado despacho profesional.

– *Factores económicos*: La jerarquización en escalafones de los profesionales de un determinado ramo, a consecuencia de la competitividad y de la especialización, conlleva casi automáticamente un escalonamiento de las retribuciones o contraprestación exigidas.

Consecuencia inmediata de la influencia del factor económico es la jerarquización o escalonamiento simultáneo de los clientes. Podría decirse que a determinada capacidad económica del ciudadano le corresponde *a priori* un determinado campo de elección, por debajo del cual actúan los factores psicológicos –o al menos pueden actuar– y por encima del cual el factor retributivo impide el acuerdo.

– *Factores legales*: Suponen la existencia de ciertas limitaciones al ejercicio profesional, bien delimitando el posible ámbito de actuación a través de la fijación de determinados requisitos legales para su ejercicio, bien excluyendo la realización de ciertas actuaciones o regulando minuciosamente todo lo concerniente al objeto o materia de actuación.

Es el *factor legal* un dato de suma importancia en nuestra actual sociedad, en la que aquellas facetas del obrar humano que se consideran más relevantes son sometidas a las prevenciones del legislador, en principio, para el beneficio del resto de la sociedad. Mayor relieve cobra en aquellas sociedades en que se propugna un alto grado de socialización. En

éstas la regulación es total y absoluta en el ámbito socializado, pero de rechazo se produce un aumento en la intensidad de regulación sobre el campo que todavía podíamos denominar libre.

– *Factores deontológicos*: La actividad profesional, por sus especiales características, debe guiarse por un código de actuación que fije los módulos de comportamiento que se entienden correctos. El auge de la deontología profesional ha sido importante en los últimos decenios. Las agrupaciones y colegios en cada sector de ejercicio han elaborado códigos éticos o deontológicos que, pese a no contar en numerosas ocasiones con fuerza legal por falta de refrendo administrativo, han servido de pauta a los respectivos profesionales para valorar la corrección de una determinada actuación.

## **2. El Derecho. Concepto: Formulación intuitiva**

Según la formulación intuitiva de su concepto, fruto de nuestro método de investigación (el llamado Espontaneísmo socio/jurídico), el *Derecho civil es el que regula la estructura orgánica de la persona y su conducta social para la ordenada convivencia vincular en la comunidad.*

### **2.1. Su significado sociológico**

No se trata de agotar este tema, ni tan siquiera formular una exposición de detalle para alumbrar una idea precisa del mismo. Sólo –siguiendo el pensamiento trazado– subrayar la visión del Derecho desde un doble ventanal: Como una *exigencia ineludible* y como una *realidad que acontece*. Ambos, por supuesto, ponderados en la raíz que nos suministra el método empleado: valoración del *contorno social*. Tal vez esta sumisión insistente, de donde se extraerán las deducciones conceptuales aquí intentadas, permiten participar nuestro pensamiento de la idea socializante que con tanto furor e interés predomina entre los estudiosos del Derecho. Pero no sólo con ello se consigue una etiqueta de escuela, a que por lo demás hoy es difícil superar, si es que honradamente se investiga sobre el realismo jurídico, sino que discurrir por esa captación de *lo que “pasa” en la vida de relación* es, tal vez, el asidero y guía que nos conduzca al final demostrativo de la perennidad de los principios del Derecho civil en méritos de esta innovación expositiva. Mas, aunque ello implica cierta heterodoxia en las acepciones del lenguaje, debe advertirse que aquí, en principio, se habla de lo *social* no

sólo en el inveterado sentido de la repercusión que tiene la conducta o situación de uno con respecto a los demás y sus posibles correcciones si se provoca un desequilibrio relevante, sobre todo –no se dude que a ello tienden todos los mecanismos de ajuste social–, en lo económico: lo social también aquí sirve para cualificar la normalidad de una conducta: la actuación de un hombre en cuanto se relaciona con los demás con quienes convive. O sea, con idéntica resonancia a cuanto se habla, y tan bien se entiende que “el hombre es un ser social por naturaleza”; por lo tanto, ese elemento de socialidad surgirá en cuanto el hombre actúe en convivencia. Y sin llegar al extremismo que de lo individual se transita a lo social, por el único dato de que existen varios individuos en un incesante entrecruce de relaciones, cabe afirmar que el factor social surge en cualquier nexo intersubjetivo dentro de una sociedad constituida y que, como tal, impone una usual manera de comportamiento en las conductas de sus miembros. Que los resultados de esa actuación atraigan luego y, en su caso, los mecanismos revisores socializantes, no complican la intención de nuestro tecnicismo, que, por lo tanto, se refiere, sin más, al inicio de todo ese proceso: o sea, el actuar del hombre cuando con ello se relaciona con los otros bajo una natural convivencia.

## 2.2. *Concepto. Su doble dinámica*

En ese contorno social la visión del Derecho, como dijimos, resplandece en una doble dimensión:

1) *Como una exigencia ineludible.* Sin perjuicio de que más adelante esta apreciación se evidencie, basta por ahora estimar que la noción del Derecho debe intuirse en un método de inversión, imaginando un grupo social sin que en el obrar de sus componentes estuviera presente dicha noción. La anarquía y el triunfo del apasionado individualismo a ultranza, tendrían buen cobijo: hablar, entonces, de una normalidad en la convivencia de dicha sociedad sería ilusorio; los deseos y caprichos de cada uno encontrarían la natural pugna y resistencia con los de los otros. Es trivial reafirmar que al margen de la Ley, sería la de “la selva” la conductora de esa horda. Por tanto, cualquier tipo de grupo colectivo que aspire a lo que es natural, es decir, a desarrollarse dentro de una normalidad de convivencia (que, por lo demás, es presupuesto inexcusable para ese desarrollo social) no puede escapar a la conciencia de la juridicidad: ésta será la que posibilite esa normalidad de convivencia.

2) *Como una realidad acontecida.* La noción del Derecho se deriva, por otro lado, como consecuencia de la anterior premisa. Si antes se razonó divagando en la hipótesis imaginaria de su impresencia, ahora basta para atraerlo la simple constatación de la realidad. Ya no estamos en terrenos de virtualidad, sino en el de daciones fácticas. Sin duda, aquella exigencia lo es tan natural que cualquier grupo social la adentró en su misma idiosincrasia, y por decantamiento secular hoy es ya –como desde que existió una colectividad con moldes organizatorios– lógico acontecimiento. Mas, por ello, esta visión del Derecho inferida de la misma realidad, tiene a su favor todos los ingredientes de *espontaneidad* con que se verifica ésta. No es, pues, una normativa impuesta caprichosamente por los sectores de opresión o de preeminencia para adecuar a su antojo la convivencia social, sino que los ejercentes de esta convivencia, esto es, los hombres, proceden, incluso irreflexivamente, bajo los dictados de la juridicidad. El abundar sobre este particular resultaría accesorio, porque una *ojeada crítica* ponderando cualquier conducta del hombre, transcendente a los demás, por insignificante que sea, nos descubre –y siempre presuponiendo la normalidad de acontecimientos– que *el agente hace lo que racionalmente cree debe hacer, y haciendo así, está impregnando su conducta de información jurídica*. No se oculta que este fenómeno es tan genérico que, aparentemente, no sirve para caracterizar nuestro postulado, ya que, por un lado, caben conductas de colisión frente a los otros que nunca pueden cobijarse en lo jurídico, y por otro, que esa misma racionalidad que nosotros entendemos como nexo de juridicidad, no es sino la plasmación del Derecho natural en las conciencias humanas, con lo que esa derivación del Derecho intentada se quiebra en su misma iniciación. Frente a lo cual, debe opinarse, en respectiva, que hasta en el mismo agente que se condujo en colisión, pueden hallarse síntomas del Derecho, porque o bien previó los resultados de la reacción del otro o los de atenerse a la debida sanción de la norma, y en cualquier caso, también a través del Derecho se obtiene la normalidad de convivencia en cuestión; y sobre la aplicación del Derecho natural en el recto proceder humano, si bien ello es inconcuso, no nos parece desvirtúa nuestro intento, ya que la noción del Derecho civil, inmersa en la del mismo Derecho, arranca de las conexidades de ambos con el primordial e inmutable Derecho natural.

### 2.3. *Sus notas o caracteres determinantes*

Como se observa no se ha expuesto una terminante noción del Derecho, pues, se ha querido, más bien, alumbrar cómo late la misma en la realidad social. Mas se precisa para puntualizar aquella, subrayando los perfiles idóneos al intento, concretar sus notas determinantes y como se dice, no desgajándolas de una definición fragmentada, sino contrastándolas de esa misma realidad.

Al efecto se habla de caracteres:

1) *El orden como premisa sustancial.* La presencia del Derecho en la realidad social, bien a través de una “exigencia ineludible” o de una “realidad acontecida”, como ya se indicó, son dos visiones del mismo, pero por idéntica razón cabría, en efecto, inferirlas desde dos planos distintos, pero siempre con un final de armonía. En efecto, desde la hipótesis de imaginación cronológica, como se aludió, podía entenderse que la imposibilidad de convivir sin esa exigencia –momento anterior– determinó asumirla en espontaneidad –momento posterior–. Y es desde un punto de vista de captación empírica, razonar, a la vista de lo que sucede, que la evidencia de esa realidad esconde el peso de aquella exigencia, al menos, en situaciones de normalidad; y siguiendo con la función intelectual, encontrar al escondido como garantía última o como posibilidad de coerción para el agente. De cualquier forma, el resultado final es que el Derecho ahí está, unas veces cumpliendo su cometido sin necesidad de actuarse sus reglas, otras a través de éstas, restaurando las anormalidades.

Y visto que fatalmente el Derecho opera y está presente en la realidad social, cabe inquirir cuál sea su cometido. Bien importante tiene que ser para esa verificación constante. Entonces se dice que el Derecho tiende al orden. En otras palabras, a que el orden preside la realidad social. Pero, ¿por qué el orden es el inicial cometido del Derecho?, ¿qué es el orden?, ¿cuáles son sus ámbitos delimitadores?. Puede responderse, a los efectos determinantes de nuestro objetivo, así:

Hablamos de cometido inicial y no de único, porque el Derecho luego tiene otras aspiraciones más concretas: la primera la consecución de la justicia, y otras en dependencia con derivaciones de ésta, o con la materia aplicatoria de cada una de las ramas del Derecho. La misma realidad social, funcionando en normalidad, requiere para que, en efecto, ello sea así, que discurra por cauces de juridicidad, como se expuso.

Esos cauces determinarán aquella normalidad, y ésta implicará una adecuación de conductas sociales. Luego, en esa adecuación estará el predicado ordenativo. Su integración precisa un *módulo valorativo* para así calificar una conducta de adecuada y otra de inadecuada. El módulo se hallará en la misma naturaleza de las cosas en que opera, es decir, habrá de estructurarse conforme y en relación con aquello sobre que valora. Y al igual que los diversos reinos de la naturaleza o el universo, funcionan cumpliendo unas determinadas finalidades, resultado del cumplimiento de unas reglas –todo ello es bien elemental y comprensible, que nos evita otros comentarios–, la colectividad social habrá de evolucionar en conformidad a otras prescripciones de su misma especie. De ahí que esa *conformidad la determine la idea del Derecho*, a través de unas reglas que fijan el módulo valorativo de las conductas, para que éstas, si son normales según ese módulo, posibiliten la convivencia social. Luego, por un lado, como se dice, dicho módulo se basará en la misma esencia de la materia con él valorada: el hombre; y por otro, otorgará, en su caso, la necesaria adecuación de dicha conducta. Por consiguiente, será *el instrumento que determine si el hombre en su actuación cumple con la finalidad inherente a su naturaleza*. Tal actuación, en cuanto se relaciona con la de los demás, deviene en conducta y por ello será adecuada o no si en la concurrencia con los otros todos los intervinientes, en efecto, está cumpliendo con sus respectivos fines. Queda, para concretar esa caracterización, perfilar qué se entiende por *fines del hombre*, para derivar su cumplimiento o no. Sería prolijo adentrarnos en esta faceta del asunto: Sólo apuntar que, simplemente, *el fin responde a la misma naturaleza y cometido del hombre*. Así, estimando que ésta es por *esencia racional, vulnerable y perecedera*, y que el fin abarca desde la observancia de los preceptos morales –que rebasa nuestro marco– hasta conducirse actuando, sin menoscabar la naturaleza de los demás, se logrará completar el significado de ese fin: *hacer lo que no menoscabe la propia naturaleza*, y, especialmente, la de los demás. Ahora bien, hemos dicho que la naturaleza humana es *racional*, luego un obrar atentatorio con esa racionalidad supone incumplimiento del fin. Asimismo que es *vulnerable*, o en otros términos, que su existencia requiere asistencias de toda índole –morales, económicas–, luego todo lo que impida o perjudique dichas asistencias, implicará un incumplimiento. Por último, que es *perecedera*, con una segura e inlocalizable extinción, o sea, se sabe que desaparecerá, pero las causas y el cuándo son imprevisibles. Todo lo que altere este proceso o sus consecuencias de otro tipo –verbigracia, derechos sucesorios– es otra vertiente del incumplimiento.



Por supuesto, que el *módulo valorativo* de ese orden establecido por el Derecho, se intensificará más con respecto a los demás que sobre uno mismo, esto es, la *infracción de sus fines* por el propio individuo, casi no rebasará el ámbito de lo jurídico –aunque importe a la moral–, mientras que el incumplimiento de los fines con respecto a los otros, será juzgado con la severidad correspondiente, ya que este último incumplimiento es el que imposibilita la normalidad de la convivencia social, que es donde, como se ha repetido, se mecanizan los cometidos básicos del Derecho.

Se estima que más que hablar de orden puede admitirse la expresión “ordenación de conductas”, con lo que se cohonesta todo lo expuesto, y se evitan equívocos muy atraíbles en el sentido sustantivo de “orden”.

Tampoco queremos omitir la muy presumible semejanza aplicatoria de esta teoría en relación con *la Moral*. Mas la posible vinculación no desdice nuestro objetivo: 1º) Porque al fin y a la postre, la más elemental noción de Moral la cualifica como una ordenación de conductas, lo que también es Derecho, y ello es forzosa derivación habida cuenta los engarces precisos entre una y otra. Siendo su temática diferenciadora, desfase de este trabajo. Para la Moral, verbigracia, ese incumplimiento individual sí le afectará más que al Derecho. 2º) Que como más adelante se puntalizará, la noción del Derecho en cuanto establecimiento de módulos valorativos de la adecuación de conductas sociales, requiere otras notas que reducirán la línea proyectiva de dichas conductas, adosándola ciertos tributos que, haciéndolas más determinadas, las subsumen en órbitas de juridicidad, sin perjuicio de que mantengan o no implicaciones con la Moral.

2) *La alteridad como objeto aplicatorio*. Es la característica entrelazante del Derecho, la cualidad que más ayuda para distinguir a éste de la Moral: no es que sea la única con espíritu diferenciador al punto, pero sí, como se dice, la que posee mayor especificidad. Para apreciar el funcionamiento con respecto al hombre de las reglas morales y jurídicas, cabe someter a éste a la siguiente correlativa contemplación:

–*El hombre bajo la Moral*: Se le enjuicia exclusivamente en su dimensión de *ego*, abarcando, eso sí, todas las manifestaciones en que actúa dicho *ego*, conforme a las valoraciones provenientes de una esfera superior, transpersonal, pero imprimidas en su propia conciencia.



Ese enjuiciamiento, pues, ponderará: 1) Actuaciones del *ego ad intra*, esto es, todo el amplio sector de voliciones, deseos, pensamientos, que por su naturaleza son intransferibles e inexteriorizables; su dación en el mundo del espíritu las aparta de cualquier revisión de relevancia, sometiénolas, solamente al juicio superior que las sancionará en armonía con los dictados de la ética prevalente en general, y en su recepción particularizada del actuante. 2) Actuaciones del *ego ad extra*, o sea, las que no permaneciendo en intrasferibilidad, se proyectan relacionándose con los otros hombres; tal vez sea aquí en donde la línea divisoria con las reglas jurídicas ofrezca alguna dificultad, porque no debe olvidarse que toda actuación del ego ostensible, referida a los otros, a través de un comportamiento y con conexiones sociales de conducta –materia que delimita la aplicatoriedad de la regla de Derecho–, es, asimismo, considerada por la Moral, porque ésta y al margen del efecto resultante de esa conducta en lo relativo al condicionamiento de socialidad, aprecia siempre la causa actuante, la intencionalidad de obrar del *ego* y, por supuesto, la acomodación o no a sus dictados sancionadores que, por ello, en sus enunciados básicos, ofrecen una identidad de prescripciones a los jurídicos tan acusada y sorprendente, que una mera confrontación, por ejemplo, entre el Decálogo y los principios genéticos del Derecho positivo, es de una elocuencia aleccionadora por su coherencia.

–*El hombre bajo el Derecho*: Se le enjuicia en cuanto tienda al “alter ego”. He aquí la alteridad en el Derecho.

El Derecho considera al hombre en rigor no en su *ego* estático, sino en tanto en cuanto éste es susceptible de originar el *alter ego*. Originación que se produce incesantemente, ya que ese *ego* actuando en socialidad, o sea, a través de un obrar exteriorizado o comportamiento vinculatorio con los demás merced a la conducta, no sólo provoca el *alter ego* de los demás, sino que él mismo, en su correspondencia con la conducta de éstos, deviene así. La existencia, pues, del otro o *alter ego*, es lo que sirve de soporte de subjetividad para la incidencia valorativa de la regla jurídica. Por tanto, la esfera de intimidad en donde el yo reina silenciosamente, permanece inédita a los fines ponderativos de la juridicidad, aunque, como se vió, quede sometida a los dictados de la Moral. Porque la alteridad es consustancial en la órbita aplicatoria del Derecho, no es sino lógica derivación del presupuesto de socialidad en donde éste priva, y lo social, como se dijo, se inicia en cuanto uno se relaciona con el otro, dentro de una colectividad organizada. No es sino, pues, dicha alteridad, la génesis bio-operativa de lo social. Mas para que la caracterización diferenciadora con la regla moral quede más per-

filada, es preciso, asimismo, indicar el grado de estimativa por parte del Derecho de la dual actuación de ese *ego*, así: 1) En su actuación *ad intra*, si bien su progeñe misteriosa, como se ha dicho, elimina el enjuiciamiento jurídico, sin embargo, en ciertas hipótesis cabe una apreciación cuando constituyan el elemento de intencionalidad para conductas o actuaciones *ad extra*, es decir, siempre que conduzcan a la originación del *alter ego*. Piénsese, verbigracia, en el material de que el jurista se vale para estructurar las nociones del dolo o culpa o de la buena fe, lo que no obsta a la idoneidad jurídica del *ego per se* como cualidad propia del hombre por ser sujeto del Derecho –véase el conocido valor de persona y el estatuto personal o capacidad de ejercicio–; pero siempre esa categoría responderá a la potencialidad creadora de ese *ego* que actuando su personal condición en lo social conllevará necesariamente al otro. 2) En las actuaciones *ad extra* en donde el *ego* se transforma o crea el indispensable *alter ego*, el juicio valorativo del Derecho, a diferencia del de la Moral, se ceñirá, principalmente, en el efecto resultante de la conducta para con el otro, puesto que según sea éste, así dependerá el mantenimiento o vulneración del orden en la convivencia, cuya salvaguardia implica la función esencial del Derecho. Por otra parte, si la Moral estimaba estas actuaciones retrayéndolas a su causa generadora y calibrándolas según dictados de genericidad ordenadora, el Derecho, en cambio, operando con la objetividad de unos resultados, concentrados en la forma en que repercuten en el otro, puede acoplar principios sancionadores más determinados y casuísticos que alberguen el mayor número de actuaciones fácticas acaecidas.

#### 2.4. *La presencia del Derecho en todo el proceso biológico del hombre*

*Su cometido regulador de la esfera genérica de la persona..- 1) Por atracción a su mecánica actuante. Casuística de juridicidad civil: actos de nacimiento, de desarrollo y de extinción de la persona.*

Cualquier apreciación que se formule sobre la precedente fijación del campo de proyección real sometido a la ordenación del Derecho civil, inexcusablemente habrá de detectar una complejidad entrelazante en la vida de relación de los sujetos; y perfilando aún más ese frontón personalizado, se observará, asimismo, que el entrecruce de respectivas actuaciones responde a la ejecución de actos, que si son específicos para conformar la convivencia vincular, contienen una comunidad de causas, medios y fines, y, por tanto, de voliciones anímicas de sus agentes, tal que pueden, sin duda, predicarse de la gene-

ralidad de éstos, o lo que es igual, atribuirse su verificación a todo el proceso biológico del hombre, el que, por su misma naturaleza racional, se encuentra necesitado de llevar a cabo dichas conductas para, y precisamente, la consecución y mantenimiento de los fines consustanciales como su mismo ser.

Ese proceso biológico se integra por los siguientes actos:

### 1º) *Actos específicos relativos al nacimiento*

Integran la primera fase del proceso vital, y, por tanto, los que a su vez, inician la aparición virtual de las siguientes fases. Conforme a la sistemática adoptada, se señala: a) *Actos anteriores al nacimiento*: Concepción, embarazo, nacimiento en sí, embarazo de viuda, nacimiento de viuda, partos dobles, nacimiento de soltera, de casada-adúltera, o, en general, de padre que no sea el esposo de la madre, etc. b) *Presencia de alteridad*: Relaciones familiares implicadas y sus consecuencias morales y patrimoniales: Afección de dicho nacimiento en los demás hijos o parientes, al ocupar el nacido un puesto en la familia, merecedor de un trato, un mantenimiento y una protección, que justamente repercute en los disfrutados por los demás; posibles atribuciones *mortis causa* a favor del nacido, en detrimento de sus parientes, etc.; expectativas de ese matiz sobre el concebido; *mutatis mutandi* en relación con el hijo ilegítimo. c) Es evidente que esas afecciones, ocurrirán, porque no sólo están así proclamados por el Derecho –y no se olvide, por el Derecho civil–, que prescribe la producción de esos efectos jurídicos para el *alter ego* o afección para los otros, en base a una serie de razones de diversa índole, sostén socio-biológico de todo el Derecho de familia, sino que es tal el arraigo de esa afección prevista por la norma, que los otros –o sea los “convivientes vinculares”– cuentan de antemano con ella, adoptando posturas consecuentes ante el evento, y con independencia de la constancia concreta de lo ordenado por la norma, porque para ellos, lo que importa es su acatamiento o su predisposición al efecto; es esta otra muestra (que si bien aquí obedece con mayor claridad –sin negar que la recta ley, siempre ha de colmar una necesidad sentida en la realidad– del acogimiento por el legislador de los nobilísimos y universales sentimientos que privan en toda comunidad consagradores de los nexos familiares) de esa reiterada e *irreflexiva aplicatoriedad del Derecho* por parte de sus destinatarios, y por ende, otra manifestación de la constante verificación de la juridicidad civil. Pues bien, la ordenación pertinente habrá de encauzar esas afecciones, no sólo fijándolas, sino delimitando su alcance, señalando las condiciones

para la viabilidad del nacido y demás cautelas, y arbitrando, en fin, soluciones que esclarezcan las posibles pugnas entre los “convivientes”.

2º) *Actos específicos relativos al desarrollo.* Siguiendo análogo orden, y tampoco sin pretensiones exhaustivas:

A) *Pueden esquematizarse en este cuadro:*

a) *De tipo personal.*- Conforme al decurso de evolución biológica de aquel nacido, con esta impronta, ostentan “relevancia jurídica”, las siguientes vicisitudes: Orfandad o pérdida del padre, su ausencia prolongada; enfermedad mental u otra cualificada; emancipación; matrimonio y relaciones paternofiliales; transcurso de años hasta su mayoría de edad y sucesivas etapas cronológicas; fijación de domicilio o residencia; estado de viudez, etc.

b) *De tipo patrimonial.*- Con esta adjetivación, se engloba toda la diáspora de actuación del individuo que –no se olvide– cualquiera que sea su situación o el fin perseguido, siempre ha de remitirse su volición operativa al mantenimiento de su desarrollo o a su mejor satisfacción: es, tal vez, el sector de su mecánica actuante, con mayor colorido realista el que, por comportar toda la gama integradora del tráfico jurídico-negocial, arroja cuestionabilidad más interesada, y el que, asimismo, por su trasfondo de traducción económica y entidad material, no sólo requiere un ajustado tratamiento dilucidador de sus innumerables controversias y fricciones, sino además por adherirse en estrechez al progreso socio-tecnológico cuya pujanza expande su campo de acaecimiento, modifica más intensamente la realidad subsumida por el Derecho civil, y, por tanto, constriñe a éste a una frecuente adaptación de sus directrices, poniendo a prueba su calidad evolutiva con el riesgo de no hacerlo o de originar un lastre desfasado en su legislación, o de abonar el terreno para la irrupción de aventuras de especialización con alardes de una inveterada sustantividad. De nuevo, pues, se concitan en estas ideas el sentido evolutivo del Derecho civil, las causas transformadoras de la realidad subsumida y las corrientes disgregadoras del mismo. Cabe, pormenorizando aún más, dentro de este “tipo”, mostrar el siguiente elenco, sobre la base esencial del patrimonio, que es a la postre el venero proveedor de los recursos para ese desarrollo.

I) *Actuaciones “Inter vivos”.*- Consecución, disfrute y evolución del patrimonio, situaciones que requieren la verificación de los actos constitutivos del tráfico jurídico-negocial. Por ejemplo: desempeño de una profesión, arte u oficio; goce de una cierta posición familiar, en mor al

nexo parental, o de un conjunto de bienes de que se es titular por cualquier causa legalmente admitida; ejecución de toda clase de pactos, acuerdos, generadores de obligaciones y contratos, cuya expresión resumida no desvirtúa su infinita onda de posibilidades; y como se apuntó, al margen de que los intervinientes consientan sus estipulaciones aunque primariamente no les sea necesario el fin perseguido, porque psicológicamente ellos bien que lo imputarán a esta fase de su “mejor desarrollo”: (no sólo, pues, habrá convivencia “vincular” cuando se alquila una casa-habitación, sino también cuando se compra un yate de recreo).

II) *Actuaciones “mortis causa”*.- Asimismo, todas aquellas que tiendan a la variabilidad patrimonial por esta vía: Establecimiento de donaciones *mortis causa*; otorgamiento de testamentos en cualquiera de las modalidades admitidas legalmente.

B) *Las consecuencias de alteridad para los convivientes, asimismo, se exponen conforme a esos tipos.*

a) *De tipo personal*.- Los distintos estados de la persona expuestos, esto es, enfermedad, determinada edad, mayoría de edad, afectarán a sus más allegados –convivientes vinculares– que habrán de ocuparse de su vigilancia o administración, o bien permitirán a aquélla desenvolverse por sí misma, sustrayéndose así de los otros; su orfandad o fallecimiento del padre, su emancipación o matrimonio, y, en su caso, filiación, repercutirá en los otros, que habrán de proveer a su tutela o tolerarán su autonomía o *status* familiar; su viudez, ausencia prolongada, o cumplimiento de cierta edad, también afectará, por cuanto habrá parientes de la fallecida interesados en sus bienes, o los que hayan de sustituir al ausente en su esfera jurídica, o la noticia de que, verbigracia, cumpliendo cierta edad podrá adoptar plenamente y privarles de expectativas sucesorias, y, por último, la fijación de residencia o domicilio, servirá para que los demás sepan la referencia física de la misma con sus implicaciones procedimentales y de localización.

b) *De tipo patrimonial*.- Como se ha dicho, es en la actividad “Intervivos” patrimonial en donde la convivencia “vincular” se muestra con mayor brío, hasta el punto que así como en las precitadas confrontaciones cabe que el *alter ego* se diluya o se halle mediatamente, en todo el acervo actuatorio de la persona pincelado patrimonialmente, su presencia es de total y directísima dación. No en balde, como se apuntó, estructura esta mecánica de operatividad humana, la intersubjetividad generadora del tráfico jurídico; por consiguiente, tanto los “vinculados”

con el agente por una profesión, arte u oficio, o por su situación de disfrute de bienes personales o familiares, como, en particular, los obligados con el mismo a través del ejercicio de su voluntad negocial concertadora de pactos y contratos, estarán afectados por esa mecánica actuante, porque aquí precisamente es la razón exclusiva de su aparición y existencia.

Las afecciones respectivas de los actos *mortis causa* son bien nítidas: posición de los donatarios en cuestión, y de los perjudicados por la donación; herederos testamentarios, voluntarios o no, y sus repercusiones con los legitimarios o legítimos, o simples terceros, en su caso.

C) *La necesidad de ordenación por el Derecho civil de todo este vasto complejo de actividad humana es inconcusa.*- Pueden aquí de nuevo repetirse las argumentaciones escritas sobre su intensidad, practicidad y pujanza, así como su influjo en la cambiante realidad, y las exigencias de una pertinente actualización de sus normas, so pena del despojo enjuiciador de que ha sido víctima. Por ello, basta con apuntar que el establecimiento de los efectos jurídicos adecuados a esos acontecimientos –mayoría de edad, emancipación, matrimonio, filiación, etc.–, así como la consagración de dogmas como la autonomía de la voluntad, la obligatoriedad de los contratos, la exigencia de las respectivas prestaciones, con las oportunas fórmulas para esclarecer las dudas o controversias, pueden ser, en síntesis, una imagen clara y contundente de esa pertinencia reguladora.

Y el Derecho civil, en la esfera de actuación *mortis causa*, asimismo habrá de condicionar la validez de dichos actos, postulando los requisitos de forma y fondo para su observancia: clases de testamentos, límites de la libertad testamentaria, etc.; y, por último, ofrecer las soluciones prevalentes para casos de controversia.

Como se ve, se incluye este sector actuatorio en la fase de desarrollo, aun cuando la aplicación de sus efectos jurídicos acaezca tras la muerte del causante, porque se estima determinante, el dato generador del “vínculo”, esto es, la verificación del correspondiente acto, que es, por otro lado, el que marca esta convivencia *sui generis*.

3º) *Actos específicos relativos a la extinción.* Comportan la última fase del proceso biológico contrastado del individuo. A tenor del sistema empleado se enuncian:



A) Muerte de la persona o declaración de su fallecimiento. No cabe aquí estimar otros casos porque la extinción es bien exclusiva y no se dan las situaciones intermedias o afines.

B) Las consecuencias de tal fallecimiento son bien expresivas para el núcleo de personas más allegadas, parientes o no, ya que aparte de sus resonancias morales o afectivas, ostentan relevancia: afecciones directas para sus herederos, bien por ley, bien por testamento, que si, en puridad no son “convivientes” con el *de cuius*, ocupan posiciones que figurativamente en nuestra terminología, equivalen a esa convivencia, al menos, por la “vinculación” derivada para ellos de lo acontecido a dicho causante.

C) La cobertura civilista habrá de proveer no sólo postulando el dogma de que la muerte extingue la personalidad con todas sus consecuencias, sino acogiendo en sus reglas de derecho sucesorio los efectos transmisivos *mortis causa*, tanto conforme al dictado testamentario, como, en su defecto, fijando el abintestato, en donde se resolverá el lado subjetivo de los llamamientos y órdenes de preferencias, y el cuantitativo de la distribución de los bienes relictos; igualmente, consagrará el derecho inviolable al disfrute de los bienes de los parientes más cercanos al causante, que por sangre y efecto merecen semejante deferimiento; por último, dictará los criterios que resuelvan las posibles disputas entre mentados interesados.

Antes de cerrar esta casuística y en servicio a una modesta intención de ajuste terminológico, se aclara que si bien se han catalogado como “actos específicos” –atrayentes de la alteridad y la convivencia vincular–, a veces, meros acontecimientos o sucesos físicos –verbigracia, la muerte, la adquisición de la mayoría de edad, la enfermedad, etc.– en donde aparece ausente esa intervención volitiva del agente, que es lo que pudiera caracterizar el nomen de “acto”; sin embargo, frente a ello cabe expresar: 1) Que la expresión “acto” específico humano, de personal empleo, no equivale a la decantada de “acto jurídico”, en donde sí es condicionante aquel intervencionismo. 2) Que aunque se refiere a actos del hombre, no debe entenderse con la absoluta literalidad que encierra, sino sencillamente –y esta es la idea– a eventos traducibles en la realidad, en que siempre el hombre es su necesario protagonista, bien porque él intencionadamente provoque el acontecimiento –verbigracia, un contrato–, o porque alguna vicisitud de su persona sea la causa de producción: Fallecimiento o enfermedad mental.

En definitiva, se aprecia cómo toda la analítica acogedora de la mecánica actuante del individuo en su vida de relación y que éste, como tal, siempre y en todo caso lleva a efecto, queda subsumida dentro del cometido regulador del Derecho civil. Por ello, se añade: ¿Cabe discutir –y demostrar más cumplidamente– la dogmática conclusión de que el contenido secular de todo Derecho civil lo sustituyen: 1) La persona. 2) El patrimonio. 3) La familia. 4) La sucesión?

### 3º) *Relaciones del Binomio “Derecho y Medicina”*

A) *El humanismo, trasunto del personalismo*: El hombre como protagonista. Axiología de su presencia en ambas disciplinas.

Hace tiempo, se publicaba el trabajo “*En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho*” (sobre el contrato de servicios médicos) por el Profesor Dr. Manuel Gitrama, y se decía:

La primera observación es la de que a alguien pudiera a primera vista extrañar que los juristas osemos adentrarnos en el trato de problemas atinentes a la ciencia médica. Tanto más el médico como el jurista encarnamos sendos humanismos en cuanto que ejercemos profesiones y cultivamos ciencias directamente establecidas al servicio del hombre, tanto uno como otro, manejamos directamente lo humano; el *hombre* más que objeto, como cabría decir, es finalidad de las ciencias que respectivamente cultivamos y aplicamos (las ciencias biológicas se acercan más a las ciencias sociales que las ciencias de la materia, porque unas y otras son las ciencias de los seres vivos). Lo que ocurre es que así como *el médico* lo contempla en su individualidad *física* y *mental*, *el jurista* lo considera en su vida *social*. Es, quizá, la diferencia entre el cuerpo humano, incluso con sus elementos intelectivos, y la persona humana, noción un tanto más abstracta. Como alguien dijo: la persona es algo más que el cuerpo humano, algo que la experiencia jurídica puede captar, pero nunca las ciencias de la naturaleza. Ello, no obstante, en definitiva, uno y otro, médico y jurista, buscan y procuran el bienestar humano... Pero si el médico concentra sus esfuerzos en salvar la vida o la salud, física o mental, de un solo hombre –el enfermo de cada vez–, el jurista atiende más bien a una pluralidad, al juego de derechos y deberes de dos o más personas implicadas en una relación jurídica que, por serlo, requiere siempre alteridad.

Por otra parte, resulta también curiosamente diversa la posición de médicos y juristas ante la ley, *El médico*, luchador infatigable contra las



leyes biológicas que se le muestran inexorables, adopta también fácil e insensiblemente la misma actitud beligerante frente a la ley civil que, además, obra humana al fin y al cabo, estima más fácilmente eludible, considera menos obligatoria y menos general. Para el jurista, en cambio, la coactividad y la generalidad de la ley civil son garantía del orden jurídico, por lo que le merecen el máximo respeto. El médico, en suma, ha sido formado en la *trasgresión de la ley* (biológica); el jurista, en el *respeto de la ley* (civil).

B) *Inmanencia Médica en todo ese proceso*: Reenvío al hombre individual –la Medicina– y el hombre social –el Derecho– sus respectivos humanismos.

Sin pretender extraer consecuencias en orden a la respectiva complejidad o trascendencia social, recordemos que, según G. Renard, la biología no nos hará las leyes pero, es obvio, que todo el proceso biológico expuesto (actos de nacimiento, desarrollo y extinción de la persona, sujeto de Derecho y, en su caso, paciente: para la Medicina recién nacido, enfermo o próximo a su muerte) está impregnado, tanto en su desarrollo normal como, sobre todo, cuando aparece en el mismo alguna quiebra o enfermedad que ha de prevenirse o curarse de los correspondientes principios auxiliares de la Medicina. (*Le Droit, L'Ordre et la Raison*). Es que el Derecho contempla sobre todo el hombre social, el aristotélico *zoom politikon* cuyas relaciones interhumanas tiene aquél por misión ordenar con arreglo a los cánones de la justicia. Quizá por ello, si el médico siempre tiene al hombre por un todo y nunca le llama parte, para el jurista casi de continuo un hombre es una parte, parte en un contrato, parte en un pleito, según F. Carnelutti. Es la idea de uno contra otro. Por eso puede afirmarse que si el médico trata de resolver sobre todo la patología individual, el jurista tiene acceso con más frecuencia y oportunidad que otros facultativos a la patología social. Actúa aquél cuando es vulnerada la salud; éste cuando es transgredida la justicia. Hay, en efecto, un *humanismo iusnaturalista* que, si bien estima la sustancia del Derecho fuera de las posibilidades de acción humana –el Derecho no es *por* el hombre– pone tal sustancia al servicio de los valores del hombre, considerado como persona –el Derecho es hecho *para* el hombre–. *El humanismo jurídico* parte de la base de la afirmación de la supremacía del hombre basada en un concepto exacto del mismo, (según expuso Legaz Lacambra en su obra *Humanismo, Estado y Derecho*). Al fin y al cabo, *el Derecho existe por causa de los hombres* (*Cum igitur hominum causa omne ius constitutum sit*, Hermog. D.I. 5,2); *es obra del hombre en buena medida y está al servicio del hombre*.

Preciso es constatar con Corts Grau (*Los humanismos y el hombre*), que “el término *humanismo* se nos ofrece cada día más equívoco y comprometido. A lo largo de la historia ha registrado muy varias y encontradas versiones...”. “Más que un humanismo en pugna con otros sistemas, hay una serie de humanismos que luchan entre sí” (Castán Tobeñas, *Humanismo y Derecho*). “De cualquier modo que sea, es un dato consolador que sea tema principal en las controversias intelectuales de estos últimos años el de *hombre, humanidad y humanismo*” (Tierno Galván, *Hombre, humanidad y humanismo*). Mas, como dice Corts Grau “A través de tantas versiones persiste una noción de sabiduría enquistada en el conocimiento del hombre, en la conciencia de su dignidad y en la entrañable conexión entre verdad y vida”. De ahí que resulte inmenso así el alcance del humanismo. *Homo sum, humani nihil a me alienum puto*. Y en cuanto Medicina y Derecho pretenden el cultivo de todas la perfecciones humanas (o, en su caso, actuando como respectivos antidotos ante sus imperfecciones: el acto ilícito o la enfermedad del autor del mismo), resulta evidente que comparten sendos auténticos humanismos.

***CONCLUSIÓN: Realidad del Binomio Epigrafiado. El Derecho Médico con rango Institucional.***  
***Referencia a la “LEX ARTIS AD HOC”.***

Se dan múltiples razones que desde el puro ventanal de la dogmática jurídica, y de su correspondiente plasmación metodológica, justifican el Binomio Interdisciplinar y este tratamiento unitario acerca de la existencia, en definitiva, de un derecho especializado, dentro del común: Es la realidad Institucional del llamado Derecho Médico.

Partiendo, como verdad apriorística, de su encaje dentro del Derecho común, que, en su versión de Derecho privado general, como se sabe, se acoge fundamentalmente por el Derecho civil, ha de admitirse, no obstante, esa primacía o conexión con este Derecho, que, asimismo, contiene reglas o aspectos funcionales que transitan dentro del campo del Derecho público: así, todo el acervo orgánico del *status* del médico como funcionario o, incluso, como titular de un régimen estatutario –en la primera visión, en su prístina configuración como funcionario público, y en la segunda al servicio de la Seguridad Social–, y, sobre todo, el complejo de organización sanitaria con la diversidad de Centros o Establecimientos asistenciales en los que se dispensa la prestación a los enfermos, con el correspondiente aparato de medios huma-

nos de clara adscripción administrativa, demuestran una evidente vertiente de la temática dentro del Derecho de este carácter; sin embargo, en opinión personal, la propia configuración y caracteres del denominado “acto médico”, formalismo que absorbe, en plenitud, la pura actividad de este profesional, el juego de una regla de adecuación o valoración de ese acto a tenor de la *lex artis ad hoc* y la significativa importancia que en el plano de las realidades y de las cosas proyecta en la vida de relación la responsabilidad médica a resultas de aquel comportamiento, son tres pilares básicos sobre los que se asienta este Derecho, y que, por propio carácter, han de ubicarse en el *hortus* reservado al más general de todos los Derechos: el Derecho civil.

Tras la precedente catalogación en su sede interdisciplinar, se subrayan a continuación las razones de una nomenclatura *ad extra* reveladoras de un Derecho especializado *ad intra* concurrente en el *nomen* del Derecho Médico; cabe, pues, estas razones para justificar esa afirmación:

–Porque reúne parte del todo que caracteriza a la “autonomía formal”: la existencia de un conjunto de leyes propias debidamente textualizadas, aunque no aparezcan en un Código unitario, pero con la suficiente entidad –en cantidad y cualidad– para que se tenga conciencia de ello por el estudioso.

–Tanto por la función en sí de la Medicina como por el objetivo o finalidad perseguidos por cada acto médico –efecto terapéutico o de curación en particular del enfermo, o efecto sanitario o de bienestar en general–, su trascendental cometido dentro de la sociedad es indiscutible: puede afirmarse, sin titubeos, que frente al deseo de supervivencia de la especie o de la *terapia de la enfermedad*, las demás voliciones de la humanidad son de inferior importancia.

–El progresivo sentido *socializante y socializador de la Medicina*, al tratarse de una actividad que satisface necesidades vitalísimas, lo que, por un lado, explica la demanda incesante del cuerpo social por su tutela asistencial y, por otro, la política estatal en pos de su reconocimiento: la Medicina como servicio público y como prestación social.

–El incesante incremento de los *avances tecnológicos*, como fenómeno universal dentro de la ciencia, proyecta sobre la Medicina sus conquistas cotidianas, con lo que se satisfacen cada vez más y mejor los fines propios de todo acto médico –terapéutico y sanitario–.

–La *intercomunicación permanente*, de entre los distintos países, en un movimiento incesante de cooperación internacional, en donde se perfeccionan y divulgan las nuevas técnicas y adelantos: no hay disciplina, que mayormente esté presente o tratada en una serie inacabada de congresos, simposios, reuniones. etc.

–La proyección de la *problemática médica en los campos puros del Derecho*, hasta tal punto que ya han existido cursos monográficos sobre “El Derecho en las fronteras de la Medicina” (manipulación genética, trasplantes, consentimiento, aborto, acreditamiento de filiación, criminología, etc., son exponentes de ello).

–Envergadura socio-profesional del colectivo de médicos de cualquier país.

–Dentro de la jurisprudencia de intereses, la significación y afección económica de la responsabilidad profesional del médico.

–La Medicina, es sabido, es una rama científica del saber que se exterioriza al desplegarse en la actividad profesional, merced a la técnica correspondiente –*ars*, ejecutar– con la que no sólo se efectúa el acto médico en concreto, sino que ha de valorarse el mismo a tenor de la norma delimitadora de aquella técnica en ese acto individualizado, determinando así el juego de la *lex artis ad hoc*: regla exclusiva de ajuste de cada acto médico.

#### *Referencia a la “Lex Artis Ad Hoc”*

Y es que las actuaciones contrarias a la deontología profesional, cuando menos, originarán sanciones administrativas o colegiales que habrán de tener su repercusión en el posterior ejercicio profesional del sancionado. Pero lo que ha de impulsar a su cumplimiento no debe ser únicamente el temor a la sanción, sino principalmente la asunción de todo lo que comporta el calificativo de profesional, sus valores, funciones y fines. Todo ello se concentra en el juego de la llamada “*Lex artis ad hoc*”, impregnada de una evidente información deontológica.

Y, así puede definirse la *lex artis ad hoc*: “Criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina –ciencia o arte médica– que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto y, en su caso, de la influencia de 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 requerida” (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados, y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado).

*Notas:*

- 1) Como tal *lex* implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta.
- 2) *Objetivo*: Valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida: o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales de la Medicina.
- 3) *Técnica*: Los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el *arte* personal de su autor.
- 4) *Profesionalidad*: El autor o afectado por la *lex* es un profesional de la Medicina.
- 5) *Módulos de integración axiológica*: a) *autor*: circunstancias personales y profesionales –especialidad– del médico; b) *del objeto sobre que recae*: especie de acto (clase de intervención, gravedad o no, dificultad de ejecución); c) *factores endógenos*: tanto en la intervención o en sus consecuencias, pueden haber influido el estado del enfermo –grave o no, con consentimiento expreso o no, con receptividad de cooperación o no–, así como sus familiares –tensión suplicante por la enfermedad– y la misma organización sanitaria –deber de actuar o no, con medios o instrumentos adecuados o no–, etc.
- 6) *Concreción de cada acto médico o presupuesto ad hoc*: tal vez sea este el aporte personal que caracteriza nuestra tesis: así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex*, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos (no es igual valorar a efectos de responsabilidad, v.gr., una asistencia a un enfermo moribundo que a otro leve,

una autopsia que en un reconocimiento; recomendar un tratamiento dietético que suministrar un medicamento, practicar una cesárea un médico rural de Condemios de Abajo que el equipo médico del “Queen Victoria Medical Center” de Melbourne, etc.) y son sus correspondientes consecuencias:

Según sea dicha *lex artis ad hoc* –siempre, pues, aplicable según sea cada acto médico– así repercutirá:

- En la legitimación: quién debe actuar, cómo y cuándo: requisitos de consentimiento o material sanitario.
- En la esfera funcional o eficacia del acto médico, dependiendo en su caso de centro sanitario, cobertura social o no.
- En la importante medición de su *responsabilidad*: se actuó o no con corrección, hubo o no daños, hay o no responsabilidad, de quién y por qué, atenuación o agravación.

Según sea el sentido aplicatorio de dicha ley, la responsabilidad se proyectará en condonación, atenuación o agravación.

De todo lo anterior se puede afirmar, de modo gráfico, que en la Medicina es una verdad apodíctica “*cada acto, una ley*”, en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección, es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad, la preexistencia de una *lex* que así lo juzgue o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de ésta en relación con aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indetectiblemente, habrá de enjuiciarlo.

La valoración que la *lex artis ad hoc* habrá de efectuar del acto médico en cuestión, o la función que la misma ha de desplegar en el campo de su operatividad, comprenderá, pues, dos aspectos distintos pero indisolubles del acto ejecutado: en primer lugar, el elemento causal o determinante del acto, o sea, su *autoría* y su liturgia, en donde se apreciará el exacto ingrediente de la diligencia profesional o, en su caso, los desvíos de la misma –tanto por error, negligencia, desidia, impericia, imprudencia, etc., que comportan la vasta patología de la tan vituperada y temible tendencia actual sancionadora de la llamada *malpractice*, o “mala práctica”, con una palabra en lengua inglesa de

inmenso caudal connotador; en segundo lugar, la delimitación del *resultado* conseguido con el acto ejecutado, es decir, si ese resultado es correcto o no, es adecuado o no, si se cohonesta con la actividad desplegada por su autor, o si se han interferido en su producción circunstancias imprevisibles –*casus* o fuerza mayor– que rompan el nexo de lógica derivación causal: el atisbo de la responsabilidad profesional desde aquí es inminente.

En definitiva, de la aplicación de la categoría acuñada *ex novo* se concluye cómo dentro de la Medicina, ciencia natural o experimental, la general *lex artis* encuentra una genuina conformación mediante el agregado del factor *ad hoc* determinante de la regla “cada acto médico una *lex*”. Como colofón se ratifica el epigrafiado rango Institucional del denominado *DERECHO MÉDICO*.

# La Medicina: Ciencia, Arte Técnica

JORGE RODRÍGUEZ-ZAPATA

Magistrado del Tribunal Constitucional

Letrado Mayor del Consejo de Estado y Magistrado del Tribunal Supremo (en excedencia)

## *1. Introducción*

Mis primeras palabras son de agradecimiento a la Fundación Ramón Areces por su invitación a participar en estas Jornadas así como al coordinador de las mismas, el Magistrado del Tribunal Supremo don Luis Martínez Calcerrada a quien conozco desde mi juventud. Fui su alumno en Derecho Civil en los dos últimos años de carrera, donde me infundió unos conocimientos que han orientado toda mi vida profesional en el campo del Derecho privado.

El tema de la Ponencia, general como Conferencia de apertura, se lo debo a él. Siempre me he encontrado con problemas médicos a lo largo de mi vida profesional. El médico es, en primer lugar, amigo natural del jurista pues Medicina y Derecho son humanismos que se complementan por naturaleza. Gozo de la amistad de compañeros médicos que me han enseñado principios deontológicos, que no están al alcance de cualquier jurista y que luego me han servido para enfrentarme al binomio Medicina-Derecho en otras etapas de mi vida: en la Sección de Sanidad del Consejo de Estado, donde trabajé años como Letrado y Letrado Mayor o en la Sección de Sanidad de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, sin excluir mi experiencia en el Tribunal Constitucional, primero como Letrado y actualmente como Magistrado.

Voy a hacer una exposición general de los temas que se me han asignado en el Programa.



## 2. La Medicina: Ciencia, Arte y Técnica. El profesional de la Medicina

El médico se ha considerado a lo largo de los siglos como un brujo o un mago que cura, señor de fuerzas sobrenaturales y detentador de un poder que se ejerce mediante encantamientos, ya que las hierbas medicinales de las que se sirve son meros instrumentos de quien es, él mismo, un instrumento de los dioses, ya que éstos son los únicos responsables de la enfermedad y de la muerte<sup>1</sup>.

Pero el médico no es un mago, sino un simple profesional. Por ello, desde tiempos inmemoriales, se une al inmenso respeto por la figura del médico la idea de la responsabilidad profesional del mismo por la mala práctica. El primer ejemplo lo ofrece, en Babilonia, el artículo 218 del *Código de Hammurabí*. Estableció que se cortarían dos dedos del médico que matase a un hombre o le hiciese perder un ojo al operarle con un bisturí de bronce<sup>2</sup>.

Desde entonces no se puede desligar la **Medicina como ciencia**, de su **ejercicio como profesión** y de la influencia que sobre ella tiene el Estado, las normas de conducta de la comunidad, el médico como individuo y el mismo paciente como objeto del acto médico.

Por causa de los pacientes, de los enfermos, existe la Medicina y han surgido los médicos<sup>3</sup>. La Medicina puede definirse como **el arte de conservar y restaurar la salud** para hacer la vida más fácil y segura a la comunidad. Sus pilares son dos: **oficio-arte** y **tecnología-ciencia**, Por lo tanto, como oficio social, es el brazo de la civilización en su lucha contra la enfermedad. El Diccionario de la Medicina, publicado en 1999 por la Editorial Espasa, define la Medicina como "*ciencia y arte de curar que implica establecer un diagnóstico, un pronóstico y un tratamiento*".

La Medicina como ciencia es experimental junto a las ciencias cosmológico-rationales: Es ciencia natural, que acota al hombre en su

---

<sup>1</sup> WELSCH, SYLVIE, *Responsabilité du médecin, Risques et réalités judiciaires*, Ed. Litec, París 2000. p.1 s.

<sup>2</sup> Op. loc. cit.

<sup>3</sup> *Apud* SÁNCHEZ CARO, J y ABELLÁN, F, *Derechos del médico en la relación clínica*, Madrid, Comares, 2006, p. XXI.

dimensión somática como objeto de conocimiento<sup>4</sup>. El médico, además de científico, es también un técnico. Hablando con propiedad la Medicina se nutre de otras ciencias básicas como la Biología, la Fisiología, la Química, la Física.

Las cuatro metas más importantes de la Medicina son: promover la salud, curar la enfermedad, aliviar el dolor y readaptar al individuo.

La Medicina es también un arte. El ser vivo, y más el humano, no es un compuesto natural que sólo se rija por leyes físicas. Arte según el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua es "*el conjunto de preceptos y reglas necesarias para hacer bien alguna cosa*".

La Medicina es ciencia aplicada y un arte en cierta forma paradójico puesto que, a diferencia de las demás ciencias y artes, no produce obras que le sobrevivan y en las cuales pueda reconocerse, salvo que se diga que un enfermo curado es logro del médico. El éxito del médico es, en cierto sentido, conseguir borrarse, que no se le necesite más. El signo de la eficacia del médico es la salud, es decir la negación misma del arte en provecho de la naturaleza<sup>5</sup>.

El método clínico no es más que el método científico aplicado a la atención individual de los enfermos. El arte clínico consiste, por consiguiente, en hacer bien una serie de hechos indispensables para llevar a la curación a los enfermos cuando ello es posible, al máximo alivio cuando la curación no puede alcanzarse y el máximo consuelo cuando ni el alivio podemos obtener<sup>6</sup>.

Uno de los grandes clínicos del siglo XVII, el italiano Giorgio Baglivi, le agregaba una cualidad no precisamente de contenido humanitario que ha caracterizado, sin embargo, al arte, que él llamó "*cierto instinto*" que se desarrolla en la práctica clínica, al que consideraba más importante que la erudición, "instinto" que es a la clínica lo que el oído musical es a la música y que universalmente se conoce como "*ojo clínico*".

El médico contempla al hombre en su individualidad física y mental. El profesional de la Medicina es quien se halla legalmente autoriza-

---

<sup>4</sup> Cfr. L MARTÍNEZ CALCERRADA "Especial estudio de la denominada «lex artis ad hoc» en la función médica", en Actualidad civil, n° 24, 15 junio 1986, p 1698 s.

<sup>5</sup> LAGRÉE, J "El médico, el enfermo y el filósofo", Madrid, La Esfera de los libros, 2005, p.194.

<sup>6</sup> BAÑUELOS GARCÍA, M. "El Arte Médico". Ed. Científico Médica. Barcelona, 1944. P. 29.

do para profesar y ejercer la Medicina. Aquella persona que puede realizar un acto médico: La Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias establece en su artículo 6.2 a) “*que corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención*”.

### 3. El acto médico: Clases

El acto médico es un **acto complejo** que se basa en la acción de diagnóstico y pronóstico, selección de un tratamiento o prescripción y el tratamiento mismo o terapéutica, que realiza el médico para la curación de sus pacientes, así como los que se deriven directamente de éstos, en la vigilancia posterior<sup>7</sup>.

Los actos mencionados son de exclusivo ejercicio del profesional médico.

El acto médico es un acto complejo que implica no sólo conocimiento científico sino saber el fin que se quiere lograr y las posibles consecuencias de una determinada acción diagnóstica y terapéutica.

*Varias son las notas características del acto médico*<sup>8</sup>:

A) *Desde un punto de vista subjetivo*: Desde el punto de vista del médico **la profesionalidad**, pues solamente el profesional de la Medicina puede efectuar un acto médico; Desde el punto de vista del paciente se funda en su confianza en el médico. La Ley 44/2003, de ordenación de las profesiones sanitarias, dedica su artículo 5 a las relaciones entre médico y paciente estableciendo el derecho del paciente a elegir médico tanto en la Medicina pública como privada y el derecho del médico a renunciar a prestar atenciones sanitarias si ello no comporta desatención (art. 5 d).

---

<sup>7</sup> Cfr., ómnibus, Welsch S. Op. cit., p.6.

<sup>8</sup> Cfr., ómnibus, MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, LUIS, “*Binomio interdisciplinar: Medicina y Derecho*”, en Anales de la Real Academia de Doctores de España, Vol 10, 2006, p.13 ss.

B) *Desde un punto de vista objetivo*: La **ejecución típica**, es decir, su ejecución se realiza conforme a la denominada “*Lex artis ad hoc*”, sujeta a la **técnica médica usual exigible** en el momento en que se presta, según resulte de las circunstancias del caso y de las pruebas prácticas (Conf. Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006<sup>9</sup>) o **conforme con el estado del saber médico** (STS de la misma Sala y Sección de 22 de diciembre de 2001)<sup>10</sup>.

El acto médico es el que afecta, por excelencia a derechos fundamentales esenciales: Derecho a la vida y la salud, Derecho a la integridad física etc.

C) *Desde el punto de vista teleológico*: tener por objetivo la **curación o rehabilitación** del enfermo. Esa finalidad puede ser, a mi entender, elemento crucial que determine la **licitud o ilicitud** de un tratamiento, o sea su concordancia con las normas legales.

D) *Desde el punto de vista constitucional*: Su **carácter secreto** para terceros, vinculado constitucionalmente a la protección del derecho fundamental a la intimidad del paciente. Nuestro Tribunal Constitucional lo ha declarado así, en un Auto de su Sección Cuarta de 11 de diciembre de 1989<sup>11</sup>:

“El secreto profesional, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que

---

<sup>9</sup> Repertorio El Derecho 2006/105683 (Ponente Agustín Puente) en un recurso de casación para unificación de doctrina, referido a la práctica médica en una intervención de cataratas.

<sup>10</sup> Ponente Jesús Peces Morate (El Derecho 2001/65652).

<sup>11</sup> Se inadmitió en el caso el recurso de amparo de una entidad cooperativa médica que se negaba a entregar a un Ayuntamiento historiales clínicos y documentación correspondiente al Centro Municipal de Planificación Familiar de Tarragona, una vez extinguido el contrato de gestión de servicios sanitarios de que era titular. El Tribunal rechaza que haya vulneración de los derechos fundamentales a la intimidad (art. 18.1 CE) y el secreto profesional (art. 20.1 d CE) por la razón evidente de que el servicio médico iba a ser prestado por los servicios municipales por lo que ni el derecho a la intimidad de los pacientes ni la relación de confianza entre éstos y sus médicos podía quebrarse por el solo hecho de que los datos médicos e historiales clínicos que obren en un servicio público, como era el Centro Municipal de Planificación Familiar, hubieran de continuar en el mismo aunque se preste por otros profesionales distintos, a fin de que la sustitución al frente de la gestión de dicho servicio público de asistencia médica se produzca sin quebranto para la eficacia y continuidad del mismo. A pesar de inadmitir el amparo el TC hace la declaración relevante que recoge en el texto.

conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 CE garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental.

La observancia del secreto profesional puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 CE garantiza.

Ello adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico, habida cuenta de la particularidad de la relación que se establece entre el profesional de la Medicina y el paciente, basada firmemente en la confidencialidad y discreción y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse. De ahí que el secreto profesional sea concebido en este ámbito como norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes”.

El artículo 2.7 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 extiende a toda persona la obligación de guardar la debida reserva no sólo cuando elabore información y documentación clínica sino también cuando tenga acceso a la misma y su art. 7.1 establece el derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a la salud de cualquier persona y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley.

E) *Desde el punto de vista formal.* Se formaliza a través del contrato de prestación de servicios médicos.

El acto médico concreta, en efecto, la relación médico-paciente a través del contrato de la prestación de un servicio; es una forma especial de vinculación entre personas: por lo general una de ellas, el enfermo, acude motivada por una alteración en su salud a otra, el médico, quien está en capacidad de orientar y sanar, de acuerdo con sus capacidades y al tipo de enfermedad que el primero presente.

El “acto médico” es un acto de un profesional, específicamente capacitado en esta ciencia, que acarrea consecuencias porque se realiza voluntariamente y tiene como “objeto” la vida o la salud de otro hom-

bre (el paciente), siempre tendrá que ver con, la ley, por incidir sobre un 'sujeto de derechos'; por afectar los derechos de otro hombre que se ha puesto en sus manos.

El médico se compromete a colocar todos los medios a su alcance, para efectuar un procedimiento médico o quirúrgico, actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo. Se entra así en la cuestión del **consentimiento informado**, exigido en los artículos 10.5 y 6 de la Ley General de Sanidad de 1986, preceptos derogados hoy y sustituidos por el art. 2.2 de la citada Ley 41/2002, siendo su falta constitutiva de una mala praxis que vulnera la "*lex artis ad hoc*" que no siempre genera responsabilidad <sup>12</sup>. Otra Ponencia abordará mañana el consentimiento informado, por lo que no voy a extenderme en su consideración.

**El acto médico está sustentado objetivamente en la información y en una historia clínica.** El acto médico debe estar sustentado en una historia clínica veraz y suficiente, que contenga las prácticas y procedimientos aplicados al paciente para resolver el problema de salud diagnosticado. El desarrollo de la historia clínica es el documento fundamental de la relación médico-paciente.

**La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico**, cuyas cuatro características principales se encuentran involucradas en la práctica de la historia clínica. La citada Ley 41/2002, de 14 de noviembre Básica reguladora de la Historia Clínica y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica define la historia clínica como el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial (art. 3) y regula todas estas cuestiones <sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> Cfr. STS de la Sala 3ª, Sección 6ª, de 26 de febrero de 2004 El Derecho 2004/7534 y STS de la misma Sala y Sección de 14 de diciembre de 2005 El Derecho 2005/289144.

<sup>13</sup> Es de interés la STS de la Sala Tercera de 22 de junio de 1992 (Ponente MANUEL GODED) El Derecho 1992/6749 al distinguir correctamente entre acto médico, por el que un profesional médico comprueba la aptitud psicofísica de una persona a efectos de obtener una licencia de armas, del Certificado emitido por el Director de un Centro habilitado para ello que recoge el resultado de las pruebas pero no es un certificado médico.

#### *4. El contrato de servicios médicos*

- A) Capacidad de los sujetos. Se origina en el uso completo de las facultades intelectuales, el criterio suficiente para juzgar los riesgos y alternativas, así como la integridad de las funciones mentales para comunicar esta decisión.
- B) Consentimiento. Basado en la manifestación expresa de voluntades y el acuerdo mutuo. El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto. Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o mas cosas en que se trata de dar, hacer o no hacer. El consentimiento plantea problemas graves en muchos casos de pacientes estacionarios o privados de voluntad y en la determinación del derecho de autodeterminación corporal.
- C) Objeto lícito. Esto quiere decir, ajustado a la ley.
- D) Causa lícita. O sea, aquella permitida por la ley, es decir, de acuerdo con el orden público y las buenas costumbres.

Entre el paciente y su médico se establece la típica relación de contrato consensual, por la cual el médico se compromete a colocar todos los medios de su parte para devolver o mantener la salud del enfermo, quien a su vez se compromete a pagar unos honorarios al profesional por su trabajo.

Esta forma de relación puede ser de varios tipos, que lleva a una clasificación consiguiente de actos médicos:

- A través de entidades hospitalarias de servicio público en donde el médico es un empleado a sueldo.
- A través de instituciones como el seguro social.
- Mediante entidades privadas que contratan su infraestructura con corporaciones, ofreciendo su cuerpo médico como parte del contrato.
- Por medio de empresas de Medicina prepagada.

Aunque en estos casos el paciente no busca voluntariamente al médico, se somete a ser atendido por quien se encuentra de turno o llamada. Esto no descarta la relación contractual entre el médico y el enfermo, sino que mas bien involucra a un tercero: La institución prestadora de servicios, quien paga al médico por su trabajo y debería



garantizar al enfermo la mejor atención posible. La historia clínica es elemento fundamental en cualquiera de las formas de contratación.

En segundo lugar, es la base de demostración de la diligencia médico-hospitalaria. Diligencia es la cualidad por la cual el médico ejerce su acto profesional utilizando los principios de cuidado, exactitud, ciencia y conocimiento, con el objeto de llegar a un diagnóstico preciso de las condiciones de un enfermo, para orientar su terapéutica. Negligencia, la actitud contraria a la diligencia, es sinónimo de abandono, dejadez, desidia, descuido e incuria. Es un acto mediante el cual se viola un deber de atención, estando en capacidad intelectual y técnica de preverlo.

La visión curativa del médico viene de hace siglos, hoy en día existe la tendencia del médico a pensar y repensar que no solamente el médico cura, sino alivia y es asesor de otras áreas. Hoy en día muchísimos profesionales de la salud están interesados en la administración y en la gestión de la salud. Había una resistencia tremenda para involucrarse en condiciones de gestión que son las que benefician directamente el acto médico, desde que se inició, por vía reglamentaria, la regulación de la gerencia.

Se habla también de pérdida de las cualidades humanas del acto médico, hoy día cada vez somos más tecnológicos, hoy día se pretende y con buenos resultados hacer tele conferencias, tele consultas que suscitan dudas deontológicas, pero que son de profunda trascendencia. La terapia genética y la actuación médica en los límites de la vida hacen auspiciar, en fin que el acto médico cambie, tal vez definitivamente en muy pocos años.

## ***5. Obligaciones de medio y de resultado***

Las obligaciones del médico, provienen de su actividad consciente y, por lo tanto, son la contrapartida de los derechos del enfermo que ha acudido en busca de ayuda o atención; derechos y obligaciones que están establecidos en la ley. Todo acto médico desde esta perspectiva, es un acto jurídico o un hecho jurídico; es decir, de todo acto médico se derivan consecuencias en el ámbito del Derecho.

En general, estas actuaciones van precedidas de un acto jurídico (contrato consensual); si el médico lo cumple, genera derechos a su favor y si lo incumple, genera responsabilidad. Es preciso, no obstante, advertir que, tratándose (en la mayoría de los casos), de una obligación



‘de medio’ y no ‘de resultado’, el acto jurídico se cumple siempre que el médico haga lo correcto (sin importar si alcanza el resultado querido), o lo incumple si no actúa con la propiedad que la ciencia exige.

El médico es deudor de una obligación de medios, no de una obligación de resultado, salvo –con claridad– en los casos de trabajos de laboratorio para análisis no delicados o radiografías, etc. Así se manifiesta con claridad en una Sentencia reciente de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006:

“La obligación contractual o extracontractual del médico y, en general, del profesional sanitario no es en todo caso obtener la sanidad o recuperación del enfermo, o, lo que es lo mismo, no es la suya una obligación de resultado, sino de proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia, así como que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva”<sup>14</sup>.

## ***6. Jurisdicción competente***

Todos los órdenes jurisdiccionales pueden entrar en conocimiento de los actos médicos y de los problemas relacionados con él. Hasta la Jurisdicción militar es competente al existir Cuerpos y Tribunales Médicos en los Ejércitos y prever el Código de Justicia militar delitos relacionados con experiencias médicas (art. 76) o denegación de asistencia médica (art. 77) por militares.

Las cuestiones de Colegios Profesionales y titulación y especialización son competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Especial referencia hay que efectuar a la responsabilidad médica, que es objeto de una Ponencia específica. Especial interés tiene la cuestión de la tutela penal del intrusismo profesional, en la que me voy a detener porque no hay ninguna Ponencia específica sobre la cuestión y existe una jurisprudencia insatisfactoria que no veo resuelta por la nueva Ley 44/2003, de 21 de noviembre.

## ***7. El intrusismo profesional***

El art. 403 del Código Penal de 1995 (en adelante, CP) tipifica hoy el delito de intrusismo profesional con una regulación compleja, en la

---

<sup>14</sup> Ponente P. González Poveda El Derecho 2006/98681.

que se distinguen tres subtipos penales distintos:

- A) El "*Subtipo básico*", definido en el art 403.1º CP, castiga con pena de multa de seis a doce meses a quien ejerce actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico.
- B) El "*Subtipo atenuado*", del art. 403 ,1º, segundo párrafo, CP, castiga con pena de multa de tres a cinco meses a quien desarrolla una actividad profesional careciendo del título oficial o administrativo de capacitación requerido para ello.

La diferencia entre ambos subtipos radica en la naturaleza del título. En los casos de subtipo atenuado no se trata, en ningún caso, de un título académico o universitario.

- C) El "*Subtipo agravado*" contempla, en fin, la pena de prisión de seis meses a dos años para el culpable que se atribuya pública y ostensiblemente una cualidad de profesional titulado de la que en realidad carece.

No ofrece problema, a efectos del delito de intrusismo, el ejercicio profesional cuando se carece de título de licenciado en Medicina y Cirugía. No se exige colegiación –a efectos penales<sup>15</sup>– pero sí la titulación correspondiente, sin que sea necesario ofrecer ejemplos (aunque existan casos de curanderismo, acupuntura etc., que ofrezcan problemas).

Pero las cuestiones esenciales surgen con el ejercicio de la profesión como médico especialista.

A estos efectos sigue siendo esencial un simple Reglamento, lo cual es normal porque –dicho sea de paso– la regulación tradicional de nuestra Sanidad pública se ha basado tradicionalmente en normas reglamentarias. El Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, de especialidades médicas establece, en su art. 1º lo siguiente:

---

<sup>15</sup> En la STS de la Sala Tercera Sección Cuarta de 21 de mayo de 1992 (Ponente Rodríguez-Zapata) El Derecho 1992/5064) se precisó que la colegiación obligatoria cumple la finalidad de garantizar el cumplimiento de las funciones encomendadas a los Colegios, que alcanzan a todos los Licenciados en Medicina que actúan profesionalmente como Médicos, sea en Instituciones públicas o privadas, lo que se justifica por la tutela del interés general que concurre en el ejercicio de la profesión médica y en la concurrencia de valores y derechos constitucionales como la salud, la sanidad y la vida e integridad física, de los ciudadanos que están en juego con ocasión del ejercicio de dicha profesión.

“El título de Médico especialista, expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asistan a los licenciados en Medicina y Cirugía será obligatorio para utilizar de modo expreso la denominación de Médico especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación”.

Voy a ofrecer un ejemplo muy reciente de nuestra jurisprudencia constitucional, que muestra la envergadura de estos problemas. Me refiero a la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional 283/2006, de 9 de octubre, en cuya deliberación participé, y frente a la que exterioricé mi discrepancia con el correspondiente Voto particular.

El supuesto de hecho era interesante. La justicia ordinaria había condenado al recurrente como autor de un delito de intrusismo profesional del subtipo agravado del art. 403 del Código Penal, a la pena de seis meses de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión de médico durante el mismo, penas accesorias y pago de las costas procesales.

En la Sentencia condenatoria se consideraba probado que el recurrente, médico de profesión, era propietario de una clínica de cirugía plástica; que se anunciaba ostensible y públicamente como médico especialista en cirugía plástica estética y tenía un seguro como médico especialista en cirugía plástica y reparadora. El 14 de julio de 1997 este médico interviene a un saxofonista actuando como cirujano principal, todo ello pese a carecer del título oficial de médico especialista en cirugía plástica reparadora<sup>16</sup>. La operación trató de reparar, por desgracia con muy mal éxito, una lesión profesional que el paciente instrumentista sufría en su labio inferior.

Pues bien, la Sala de amparo del Tribunal Constitucional concedió amparo al médico y anuló la condena que se le había infringido por intrusismo profesional. La Sentencia determina que los títulos del recurrente [simple Licenciado en Medicina y Cirugía] le facultaban específicamente para llevar a cabo la intervención quirúrgica que practicó. Se trataba de una intervención quirúrgica para reparar una rotura de las fibras del músculo orbicular del labio inferior.

---

<sup>16</sup> La denominación de la especialidad ha sido modificada hoy por el Real Decreto 139/2003, de 7 de febrero, por el que se actualiza la regulación de la formación médica especializada y se modifica parcialmente el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero.

El Tribunal Constitucional considera que no se puede determinar que los actos realizados por el supuesto intruso formen parte del contenido propio de la especialidad de cirugía plástica y reparadora, que está regulada y exigida en el Real Decreto 127/1984, pero –y aquí está la cuestión– sin enumerar expresa y claramente qué actos médicos concretos comprende en cuanto tal. El Real Decreto de 1984 no recoge, en efecto, un elenco de las actividades médicas que habrían de corresponder a cada una de las especialidades médicas que contempla, limitándose a formular con carácter genérico, en su artículo 1, la obligatoriedad de obtener el título de médico especialista para ejercer la profesión con dicho carácter. Rechaza la Sala del TC que, para determinar qué acto médico corresponde a cada especialista médico, sea necesaria una suerte de “remisión normativa en cadena”, que obligue a acudir, para determinar el contenido de la prohibición de ejercicio a quien no es especialista, en primer lugar al Real Decreto 127/1984 pero para descender necesariamente después hasta una resolución administrativa inferior que es la reguladora de los planes de formación de cada especialidad para, con ella, concretar los perfiles de actividad de la especialidad correspondiente.

Nos encontrábamos en el caso ante lo que se denomina técnicamente un tipo penal en blanco que sí puede completarse válidamente –y así se acepta sin reparos en la Sentencia de la mayoría– con lo establecido en el Real Decreto 127/1984, de 11 de enero, por el que se regula la formación médica especializada y la obtención del Título de Médico especialista. Pero, entiende el TC, que el artículo 1 del citado Real Decreto no basta para integrar, por sí sólo, el tipo penal en blanco del art. 403.2<sup>a</sup> CP. Dispone, en efecto, que “el título de Médico Especialista, expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia”...” será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación” pero no especifica qué actos médicos corresponden a un médico especialista en Cirugía Plástica y Reparadora; aunque el implicado sea propietario de una Clínica –que lleva su nombre– dedicada, precisamente, a la cirugía plástica, de la que es “médico estrella”; que se anuncia como Médico Especialista en Cirugía plástica y tiene concertado, en fin, seguro de responsabilidad civil por su actividad como Médico Especialista en cirugía plástica y reparadora.

Me parece evidente que, en este caso, el solicitante de amparo había realizado el tipo penal que se le había aplicado, ya que carecía del título de Médico Especialista y sin embargo actuaba pública y ostensible-

mente como Cirujano Plástico, no realizando sólo “uno” de los actos reservados a la profesión usurpada, sino “todos” los actos propios de la misma por lo que las Sentencias recurridas en este recurso no habían vulnerado ninguna de las garantías que dimanaban del derecho a la legalidad penal del solicitante de amparo (art. 25.1 CP). La determinación de si un acto concreto queda o no comprendido en la prohibición de intrusismo es cuestión de simple interpretación y aplicación al caso del tipo penal y de su complemento Sin embargo la conclusión fue otra y es significativo que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se orienta en un sentido muy parecido e, incluso, más restrictivo que el propio Tribunal Constitucional<sup>17</sup>.

Admitiendo, como simple hipótesis dialéctica, que la operación quirúrgica concreta practicada al instrumentista de saxofón afectado hubiese sido en este caso, o fuese en otro similar, acto decisivo para la realización del tipo penal tampoco comparto que se atraiga a la garantía de *lex certa* la imposición al legislador de la necesidad de establecer una especie de estereotipo de toda la “actividad profesional” reservada a quienes posean el título de Médico Especialista en Cirugía plástica, como parece deducirse de la Sentencia de la mayoría.

No entro en las consecuencias que tal exigencia pueda tener a efectos de la reserva de ley del art. 36 CE, en una materia, como es la sanitaria, tradicionalmente regulada mediante simples reglamentos en nuestro Derecho, hasta la citada Ley 44/2003. Me basta afirmar que atraer a las exigencias de que el legislador describa exhaustivamente el hecho prohibido (que es lo propio de la máxima “*sit lex certa*”) haciendo una exposición de actos médicos prohibidos nos hace confundir dicha garantía con la garantía, muy distinta, que se condensa en el brocardo “*sit lex stricta*”, por la que se prohíbe a los jueces la extensión analógica o “*in malam partem*” de la ley penal.

Las exigencias de la “*lex certa*” –referida a la calidad de la ley– deben tenerse diferenciadas de las de la “*lex stricta*”, que afectan ya de lleno a la interpretación y aplicación de la misma, reservada constitucionalmente a la jurisdicción ordinaria (art. 117.3 CE), sin perjuicio de la jurisdicción de amparo. Por principio, la garantía de la *lex certa* afecta abstractamente a la constitucionalidad de la ley, por lo que nuestro control se debe verificar en sede de control de inconstitucionalidad de la

---

<sup>17</sup> Sentencia de 15 de abril de 2003 a la que se refiere repetidamente la Sentencia del Tribunal Constitucional.

misma, mientras que las cuestiones de *lex stricta* se refieren al acto judicial de interpretación de la ley como tal en un caso concreto, lo que es materia propia de nuestro control en sede de amparo.

En el presente caso las garantías de *lex certa* se cumplían, a mi entender, por el juego del art. 403 CP, complementado por el art. 1 del Real Decreto 127/1984, que prohíbe todos los actos médicos reservados a la profesión de especialista en cirugía plástica, a quien usurpa la profesión por carecer de esa especialidad.

El problema es que la Seguridad Social contrata interinamente a quien no es especialista para trabajo de especialistas. ¿Pueden ser acusados de intrusismo? <sup>18</sup> El art. 16.3 de la Ley 44/2003 no me parece decisivo para resolver la cuestión.

---

<sup>18</sup> Conf. Muñoz Conde, F, "Intrusismo punible y conflictos en las distintas especialidades médicas", en la obra colectiva "La ordenación de las profesiones sanitarias" (Ponencias del V Congreso "Derecho y Salud" organizado por la Asociación Juristas de la Salud) Las Palmas, Gob. Canarias, 1996 pp. 118 ss. y Baro Pazos, M<sup>a</sup> Luisa, "Responsabilidades derivadas de la contratación de Médicos especialistas sin título de especialización", Actualidad Administrativa, n<sup>o</sup> 7 10-16 febrero 1997, p. 95 ss.



# La responsabilidad médica. Juego de la “Lex Artis ad hoc”.

## Criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS

Presidente de la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo  
Letrado, excedente, del Tribunal Constitucional y  
del Consejo General del Poder Judicial. Doctor en Derecho

### *1. Introducción*

Los Artículos 9.3, 43, 53.3 y 106.2 de la CE son determinantes del reconocimiento de la salud, como principio rector de política económica y social, no susceptible de protección privilegiada por el recurso de amparo, judicial y constitucional y, por otra parte, el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial incide directamente en la problemática a considerar.

### *2. La responsabilidad médica*

Es una modalidad de la responsabilidad profesional: implica una obligación de actividad o de medios (SSTS, 1ª, de 23 de marzo de 2006 y 26 de julio de 2006). Los términos de la sentencia última son explícitos, al subrayar, literalmente, en el fundamento jurídico segundo del recurso de casación 3442/99:

“La responsabilidad sanitaria es una modalidad de la responsabilidad profesional, ha declarado esta Sala que la naturaleza de la obligación del médico, tanto si procede de contrato -tratándose de un contrato de prestación de servicios; distinto es el caso si el contrato es de obra, lo que se da en ciertos supuestos, como cirugía estética, odontología, vasectomía-, como si deriva de una relación extracontractual, es obligación de actividad o de medios, caracterización que recuerda la reciente Sentencia de 23



de marzo de 2006, con cita de abundantísima jurisprudencia. Como tal obligación de medios, se cumple con la realización de la actividad prometida, aunque no venga acompañada de la curación del lesionado, con tal de que se ejecute con la diligencia exigible en atención a la naturaleza de la obligación y de las circunstancias de personas, tiempo y lugar, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1.101 y 1.104 del Código civil. La actividad que debe el médico, a quien se reputan los necesarios conocimientos técnicos, es la de un experto profesional, que, como tal, queda obligado no ya a actuar con la diligencia de un buen padre de familia, sino a aplicar las energías, medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, “lex artis” o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para el logro de aquel fin -Sentencia de 30 de diciembre de 2004, que cita las de 12 de febrero de 1990, 29 de julio de 1998 y 8 de septiembre de 1998-; siendo, desde luego, la impericia una forma de negligencia, por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde, como deudor negligente, del daño causado -Sentencia de 30 de diciembre de 2004-.

Ciertamente, tal y como pone de relieve la sentencia recurrida, esta Sala ha atendido a la doctrina del daño desproporcionado en determinadas ocasiones al examinar la concurrencia de los presupuestos determinantes de la responsabilidad médica, que incide en la determinación de la culpabilidad del autor, principalmente a la hora de analizar la responsabilidad de los centros sanitarios y de las entidades de las que dependen. Dicha doctrina -que además de la sentencia citada en la de la Audiencia Provincial que se recurre, ha sido considerada, entre otras, en las de fecha 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999, 29 de noviembre de 1999, 18 de diciembre de 2002, 31 de enero de 2003, 2 de julio de 2003, 8 de mayo de 2003, 15 de noviembre de 2003, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004, 26 de mayo de 2005 y 24 de noviembre de 2005-, corresponde a la regla “res ipsa loquitur” -la cosa habla por sí misma- y se refiere a la evidencia que crea una deducción de negligencia, habiendo sido tratada profusamente por la doctrina angloamericana, así como por la alemana que ha acuñado la regla del “Anscheinsbeweis” -la apariencia de prueba-, por la francesa que ha desarrollado el concepto de la “faute virtuelle” culpa virtual-, y por la italiana -que parte de la base de premisas que la ciencia médica proporciona en función de datos derivados de la experiencia o de la probabilidad estadística. Requiere en todos los casos que se produzca un evento dañoso de los que normalmente no se producen sino por razón de una conducta negligente, que dicho evento se origine por alguna conducta que entre en la esfera de la acción del demandado, aunque no se conozca el detalle exacto, y que el mismo no sea causado por una conducta o una acción que corresponda a la esfera de la propia víctima -Sentencia de 26 de mayo de 2005, que cita la de 29 de junio de 1999-.

La aplicación de esta doctrina se ha realizado, empero, con cautela, en los casos en que la necesidad de proteger de una manera más efectiva a las víctimas ha determinado a su vez la necesidad de atenuar la exigencia del elemento subjetivo de la culpa inherente al sistema de imputación de la responsabilidad imperante en el derecho patrio. El criterio de imputación propio de un sistema de responsabilidad de tinte subjetivista, como es el que establece el artículo 1902 del Código civil, exige, ante todo -como recuerda la Sentencia de 24 de noviembre de 2005, con cita de otras anteriores-, el reproche culpabilístico y la demostración de la relación de causalidad y de la culpa, en el sentido de que ha de quedar plenamente acreditado que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo "*lex artis ad hoc*", razón por la que se ha de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas, aunque no de aquellos daños, por muy desproporcionados que parezcan, si se prueba que no fue debido a un acto negligente.

Asimismo, en íntima relación con los criterios anteriormente expuestos, esta Sala ha aplicado el criterio de imputación objetivo de la responsabilidad que se recoge en el artículo 28.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, al examinar la de los centros sanitarios y asistenciales, atendiendo al carácter de consumidor que cabe predicar del paciente, el cual, como se destaca en la Sentencia de 11 de noviembre de 2004, ha utilizado unos servicios, que incluyen los sanitarios, de cuyo uso se han derivado unos daños de los que debe responder quien los presta, en la medida en que se dan las circunstancias que, conforme a lo dispuesto en el artículo 28.2 de aquella Ley, determinan la responsabilidad.

Ahora bien, sea cual fuere el criterio seguido para atribuir la responsabilidad, ya el de naturaleza subjetiva, ya el basado en la doctrina del daño desproporcionado -que, según recuerda la Sentencia de 15 de febrero de 2006, no conduce "*per se*" a la objetivización de la responsabilidad, sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño-, ya, en fin, el de carácter objetivo derivado de la aplicación de leyes especiales, en todo caso es preciso que se de un enlace causal entre el daño y la actuación del demandado que opera como ineludible presupuesto para que pueda declararse la responsabilidad de éste, por más que su rigor se atenúe por la aplicación de aquellos criterios que se han utilizado como alternativos para atribuir la responsabilidad en este campo, incluso por el de la atribución al paciente de la valoración de la relación de causalidad, que le permitiría demostrar que si el médico hubiera actuado de manera distinta de aquella en que lo hizo no se hubiera producido el resultado dañoso -Sentencia de 17 de noviembre de 2004-; de modo que cuando falta ese nexo causal no puede declararse la respon-

sabilidad –Sentencias de 19 de julio y 23 de septiembre de 2004, entre otras–. Esta causalidad es una causalidad física o material, antes que jurídica, cuya determinación constituye una “questio facti” que, como tal, es función propia de la instancia, y resulta ajena, por tanto, al control casacional salvo que se combata la apreciación del tribunal de instancia sobre este particular mediante la oportuna y adecuada formulación de un motivo de casación por error de derecho en la valoración de la prueba, con la ineludible cita de la regla legal de prueba que se considera infringida.

Además, en este sentido, las conclusiones de la sentencia recurrida, producto de la valoración de la prueba practicada en el proceso, sitúa el origen de los daños al margen de la actuación e intervención de los demandados. Y así es que la falta de acreditación de la causa material de los daños impide, pues, el examen de la corrección del juicio de imputabilidad en el plano jurídico a través de cualquiera de los criterios atributivos de la responsabilidad, ya referidos al carácter del título de imputación, ya a la prueba de la culpabilidad y de la causalidad, en la medida en que el resultado del juicio fáctico es previo y excluyente del análisis de la existencia de la relación de causalidad como “questio iuris”. La denuncia casacional, de este modo, se construye desde un presupuesto de hecho distinto de aquel en que la Audiencia ha basado su decisión tras valorar la prueba de autos sin previamente desvirtuarlo, lo que supone incurrir en el vicio casacional denominado doctrinalmente y jurisprudencialmente como supuesto de la cuestión”.

## *2.1. La distinta incidencia en la Medicina preventiva y curativa o en la Medicina voluntaria o satisfactiva*

En ésta se atenúa la responsabilidad por la disminución de la exigencia del elemento subjetivo de la culpa para protección de la víctima (SSTS, 1ª, 20 y 23 de marzo de 2001 y 24 de noviembre de 2005).

## *2.2. Presupuestos determinantes en el ámbito civil de la jurisdicción*

De modo extractado y en un afán de síntesis, pueden concretarse en los siguientes puntos:

### *2.2.1. Acción:*

- Positiva
- Omisión

### 2.2.2. Daño con resultado:

Teoría del resultado desproporcionado: a no ser que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (SSTS, 1ª, de 30 de enero de 2003 y 26 de junio de 2006).

- Evidencia de la negligencia “res ipsa loquitur”: la cosa habla por sí sola.
- Doctrina alemana: la apariencia de prueba.
- Doctrina francesa: culpa virtual.
- Doctrina italiana: daños derivados de la experiencia o de la probabilidad estadística.

Dice la STS, 1ª de 26 de junio de 2006, recurso de casación 4072/99, al referirse a la necesidad de fundamentar los criterios resolutorios:

«El art. 120.3 de la Constitución Española exige que las sentencias han de ser siempre motivadas, teniendo declarado tanto la doctrina constitucional como la jurisprudencia de esta Sala que se cumple dicho mandato constitucional cuando se lleva a cabo una explicación adecuada, dentro de la lógica jurídica y razonar pertinente, de la “ratio decidendi” que determina el fallo, por lo que se da motivación suficiente cuando la decisión judicial viene precedida y apoyada en razonamientos que permiten conocer cuales han sido los criterios fácticos y jurídicos esenciales que la fundamentaron. Esta doctrina conduce a la desestimación del motivo al estar la sentencia recurrida debidamente fundamentada tanto en el aspecto fáctico como jurídico, y permitiendo, por tanto, conocer las razones de uno y otro orden que han llevado a la Sala a quo a su pronunciamiento”.

- Reproche culpabilístico (culpabilidad del autor): naturaleza subjetiva.

### 2.2.3. Relación de causalidad (el análisis de esta circunstancia no es ajeno al control casacional).

- La prueba corresponde al perjudicado que ejercita la acción (STS, Sala 1ª, de 6 de noviembre de 2001, 23 de diciembre de 2002 y 18 de julio de 2006).
- El nexo causal no puede quedar desvirtuado por la teoría del riesgo o la inversión de la carga de la prueba (STS, 1ª, de 27 de diciem-

bre de 2002 y 18 de julio de 2006). Dice esta última sentencia, al resolver el recurso de casación nº 4409/99, en el fundamento jurídico segundo:

“Ha de considerarse que sobre la relación de causalidad y su prueba tiene declarado esta Sala, como se recoge en la Sentencia de 25 de septiembre de 2003, dictada en un caso de responsabilidad médica, que “corresponde de la carga de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante” y “en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción” (sentencia de 6 de noviembre de 2001, citada en la de 23 de diciembre de 2002); “siempre será requisito ineludible la exigencia de una relación de causalidad entre la conducta activa o pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido concretarse” (sentencia de 3 de mayo de 1995, citada en la de 30 de octubre de 2002); y que “como ya ha declarado con anterioridad esta Sala la necesidad de la cumplida demostración del nexo referido, que haga patente la culpabilidad del agente en la producción del daño -que es lo que determina su obligación de repararlo- no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo o de la inversión de la carga de la prueba, soluciones que responden a la interpretación actual de los arts. 1902 y 1903 del Código Civil en determinados supuestos ...” (sentencia de 27 de diciembre de 2002).

En el caso de autos las secuelas que el recurrente padece en su brazo y mano derecha son consecuencia del accidente que sufrió, y no pueden imputarse a una deficiente atención sanitaria, ni a la espera a ser trasladado del CAP al Hospital, ni se deben a la actuación médica de la doctora B., que fue correcta.

En cuanto a la falta de información alegada, constituye una cuestión nueva, que no fue alegada en la demanda, y por tanto no puede constituir objeto de la casación ya que va contra los principios procesales de igualdad de armas y desde luego provoca una situación de indefensión inaceptable, todo ello amparado por el principio de la tutela judicial efectiva y así se especifica en la sentencia de esta Sala de fecha 6 de marzo de 1998, que recoge lo dicho por el T.C., esencialmente en la sentencia de 17 de marzo de 1994, y la del T.E.D.H. de 27 de junio de 1968 (caso Neumeister, en la que se aplica nítidamente el principio de igualdad de armas en el proceso -Waffengleichheit-).

Consecuentemente, el motivo no puede prosperar”.

**- La teoría de la causalidad adecuada:** el resultado es consecuencia natural de las circunstancias (en STS, 1ª, de 14 de julio y 6 de septiembre de 2005 y 15 de febrero de 2006).

- **Ausencia de causalidad** (caso fortuito: artículo 1.105 Cc): no cabe cargar en el agente las complicaciones que tienen carácter excepcional, dependen de las condiciones genéticas del sujeto concreto y no existe posibilidad de conocer con anterioridad a la intervención (STS, 1ª, de 21 de octubre de 2005).

#### 2.2.4. Inexistencia de nexo causal y la doctrina de la “pérdida de la oportunidad” en la jurisdicción

La doctrina de la pérdida de la oportunidad en la Sala Primera y después en la Sala Tercera, atiende a la constancia de la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz, con una actuación médica de mala praxis, omisión de medios o privación de un adecuado tratamiento.

Así, dice la STS, 3ª, 6ª, de 7 de febrero de 2006 –casación 6445/01-, fundamento jurídico séptimo:

“Con carácter previo interesa precisar que la responsabilidad de las Administraciones Públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base, no sólo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución al disponer que los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y, el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado por reiteradísima jurisprudencia, que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclu-

siva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.

Asimismo, a los fines del art. 106.2 de la Constitución, la jurisprudencia (sentencias de 5 de Junio de 1989 y 22 de Marzo de 1995), ha homologado como servicio público, toda actuación, gestión, actividad o tareas propias de la función administrativa que se ejerce, incluso por omisión o pasividad con resultado lesivo.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que, entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 10 de mayo, 18 de octubre, 27 de noviembre y 4 de diciembre de 1993, 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11, 23 y 25 de febrero y 1 de abril de 1995, 5 de febrero de 1996, 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo y 24 de mayo de 1999 –recurso de casación 1311 /95, fundamento jurídico tercero–), aunque, como hemos declarado en este última, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, cuya concurrencia la Sala de instancia niega.

Es además doctrina legal, recogida, entre otras, en nuestras Sentencias de 11 de julio de 1995, 7 de octubre de 1.995, 10 de enero de 1996, 22 de noviembre de 1997, 14 de marzo de 1998, 13 de febrero, 13 de marzo, 29 de marzo, 6 de abril y 24 de mayo de 1999, que la apreciación del nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido, o la ruptura del mismo, es una cuestión jurídica revisable en casación, si bien tal apreciación ha de basarse siempre en los hechos declarados probados por la Sala de instancia, salvo que éstos hayan sido correctamente combatidos por haberse infringido normas, jurisprudencia o principios generales del derecho al valorarse las pruebas, o por haberse procedido, al hacer la indicada valoración, de manera ilógica, irracional o arbitraria (Sentencias de 10 de octubre y 7 de noviembre de 1995, 27 de julio, 24 de septiembre y 30 de diciembre de 1996, 20 de enero, 23 de junio y 16 de diciembre de 1998, 23 y 30 de enero, 27 de febrero, 13 de marzo, 6 de abril y 24 de mayo de 1999).

Así planteada la cuestión debe precisarse, en primer lugar, que procede rechazar la alegación que se realiza, en relación a una supuesta vulneración del art. 632 LECivil de 1881 y ello por cuanto en los presentes autos no se practicó prueba pericial, que por lo demás no fue solicitada por la actora en su escrito de proposición de prueba, presentado el 19 de Julio de 2000, sino que el Tribunal “a quo” valoró el informe de la Inspección Médica y el emitido a instancia de parte por el Dr. N., que fue aportado a los autos como prueba documental y posteriormente ratificado por dicho doctor como prueba testifical.

La Sala de instancia considera probado que a la actora no se le comunicaron los resultados de la citología que se le practicó el 5 de Noviembre de 1993, hasta octubre de 1994. Igualmente tiene por probado que en esa citología se evidenció una lesión escamosa de alto grado (CIN III), resultado que al parecer por un extravío burocrático, no le fue comunicado a la Sra. C. Igualmente el Tribunal “a quo” tiene por probado que en Octubre de 1994, cuando la Sra. C. es finalmente llamada para reconocimiento médico, esta presenta ya un carcinoma invasor que aun cuando en estadio inicial, únicamente podía ser atajado con una operación Wertheim-Mings, como la que efectivamente sufrió y que le comportó una extirpación de útero y ovarios, con la consiguiente pérdida de su capacidad reproductiva.

De tales hechos probados a los que llega la Sala de instancia debe necesariamente partir esta Sala, hechos que por lo demás no son cuestionados por la recurrente, quien en la argumentación que vierte en sus motivos de recurso cuarto y quinto, lo que de hecho está cuestionando es la conclusión de la Sala de instancia en la relativo a la ausencia de nexo causal, pues el Tribunal “a quo” entiende que no puede deducirse que del retraso en el tratamiento se hubiera derivado la transformación de la CIN III en el carcinoma infiltrante, que obligó a la operación sufrida.

La conclusión de ausencia de nexo de causalidad, a que llega el Tribunal “a quo”, no puede ser asumida por esta Sala.

Se tiene por probado por el Tribunal “a quo” que por causas únicamente imputables al INSALUD y a su funcionamiento burocrático, los resultados de la citología practicada a la Sra. C. que evidenciaban claramente una CIN III, no le fueron comunicados como hubiera sido obligatorio a la misma, quien por tanto no pudo someterse a tratamiento médico. Igualmente ha de estarse al hecho probado de que cuando en Octubre de 1994 es llamada la Sra. C. a la vista de los resultados de la citología tardíamente hallada, ésta presente ya un carcinoma infiltrante que únicamente puede ser atajado mediante la operación Wertheim-Mings. Los distintos



estudios científicos recogidos por el Dr. N. en su informe ponen de relieve la evolución lógica y necesaria de la CIN III en carcinoma invasor, discrepando los distintos estudios científicos en el tiempo medio ordinario para que dicha evolución se produzca.

Las posibilidades de evolución de la CIN III en carcinoma infiltrante, desde el punto de vista médico, son pues asumidas íntegramente por la doctrina científica, por ello estando probado que la CIN III de la actora se transformó en el carcinoma del que finalmente fue operada, ante la probabilidad transformada en certeza, más que científicamente acreditada, de la evolución en el tiempo de las CIN III, a los carcinomas, como el padecido por la actora, a la Administración sanitaria hubiera correspondido acreditar que ese retraso de casi un año en ser hallada la citología practicada, que sin embargo resultó traspapelada por causas solo achacables al funcionamiento administrativo del INSALUD y que impidió que la referida CIN hubiera sido tratada a tiempo con las técnicas o tratamientos médicos necesarios, no hubiese sido la causa determinante de la evolución por aquella experimentada y su transformación en carcinoma. No habiendo probado la Administración que la ausencia de tratamiento no ha sido la causa de evolución de la CIN III en carcinoma, prueba a la que venía obligada en razón a cuanto se ha expuesto sobre las más que amplias posibilidades de evolución de la CIN III padecida por la Sra. C. en los términos en que lo hizo, debe afirmarse que dicha carencia probatoria debe perjudicar a la Administración sanitaria y por tanto debe concluirse que existió una relación de causalidad directa y eficaz entre el carcinoma que obligó a la histerectomía practicada y aquel extravío de la citología que impidió que fuese tratada y atajada a tiempo la CIN III que en ella se había detectado y ello pese a que no existe una prueba directa, lo que no ha impedido a este Tribunal llegar a la convicción de que sí hay una relación de probabilidad determinante entre el retraso producido imputable a la Administración sanitaria y el resultado dañoso.

De cuanto se ha expuesto debe constatarse la concurrencia de los requisitos definidores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, uno de los cuales, el relativo al nexo causal, era negado por la Sentencia de instancia, razón por la cual procede la estimación del quinto motivo de recurso, así como del sexto en cuanto vinculado a él, al hacer este último referencia a la vulneración por parte de la Sala de instancia de la jurisprudencia relativa a las cuestiones que se planteaban, entre otras en el quinto motivo de recurso”.

2.2.5. Finalmente, en el supuesto de responsabilidad médica civil concurren los aspectos contractual y extracontractual (SSTS, 1ª, de 7 de febrero de 1990, 22 de febrero de 1991 y 19 de julio de 2005).

- La responsabilidad contractual del médico, por incumplimiento (artículo 1.101 del C.C.) depende de una previa valoración de la conducta desplegada: juicio de diligencia con la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica, según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional y a la naturaleza de la actividad prometida (SSTS, 1ª, de 30 de diciembre de 2004 y 29 de marzo de 2005).

Así señala ésta última en los fundamentos jurídicos segundo y tercero, al resolver el recurso de casación 4112/98:

“Ha declarado reiteradamente esta Sala (así, en las Sentencias de 29 de mayo de 1998, 12 de junio de 1998 y 7 de junio de 2002) que la concurrencia de culpa y la existencia de relación causal entre la acción u omisión del sujeto agente y el resultado son cuestiones jurídicas accesibles a la casación, por mas que, al enjuiciarlas, se deban respetar los hechos declarados en la instancia, que es donde con plenitud corresponde valorar la prueba sobre ellos.

I. Ello sentado, la prestación de hacer debida por la médico recurrente no era de resultado, ya que la obtención del mismo (la curación del enfermo) no estaba incluida en el objeto de la obligación que había asumido. Antes bien, se trataba de una pura prestación de hacer o de medios, que, como tal, quedaba cumplida con la realización de la actividad prometida, aunque no viniera acompañada de la curación, siempre perseguida, con tal que la hubiera ejecutado con la diligencia o pericia exigibles en atención a la naturaleza de la obligación y las circunstancias de personas, tiempo y lugar concurrentes (artículos 1.101 y 1.104 del Código civil).

Sus servicios habían sido reclamados por poseer determinados conocimientos técnicos (ut artifex... conduxit: Digesto 19.2.9.5), de ahí que la actividad que le era exigible se identificara con la de una experta profesional. Quedó, por ello, obligada a actuar con la diligencia, no de un buen padre de familia, tipo medio de ciudadano tomado como modelo o standard (artículo 1.104 del Código civil), sino de una experta pediatra en un servicio de urgencias de un hospital de una gran ciudad.

Esa prestación la hubiera cumplido de haber aplicado los medios y conocimientos que, según el estado de la ciencia, *lex artis* o conjunto de saberes y técnicas propias de su profesión, estaban objetivamente a su alcance para la curación del enfermo (Sentencias de 12 de febrero de 1990, 29 de mayo de 1998, 29 de julio de 1998 y 8 de septiembre de 1998).

De otro lado, la impericia se manifiesta como una forma de negligencia (*etiam imperitiam culpa adnumerandam...*: Digesto 19.2.9.5), por lo que quien asume como experto una obligación de actividad y no la cumple con el rigor técnico exigible, responde del daño causado, en la condición de deudor negligente (artículo 1.101 del Código civil).

Dijimos en la Sentencia de 30 de diciembre de 2004 que la responsabilidad contractual del médico por tal modalidad de incumplimiento (artículo 1.101 del Código civil) depende de una previa valoración de la idoneidad de la conducta desplegada, lo que hace necesario un juicio de diligencia con la comparación entre la prestación ejecutada y la debida, la cual se identifica, como se ha dicho, según el modelo ideal y objetivo de conducta exigible en atención a la cualificación profesional del deudor y a la naturaleza de la actividad prometida.

A esa doctrina, referencia necesaria para la decisión del recurso, hay que añadir, como lógica consecuencia, que correspondía a la demandante probar ese incumplimiento, ya que el mismo constituye el fundamento de su pretensión de indemnización (Sentencia de 8 de septiembre de 1998).

II. Constituye causa toda condición del resultado, de acuerdo con las reglas de la experiencia, siempre que sea jurídicamente relevante, de conformidad con criterios normativos.

La relación causal tampoco se presume. Antes bien, debe ser probada por quien la invoca como integrante del supuesto de la norma cuya aplicación reclama.

III. A la luz de esa doctrina los dos motivos deben ser desestimados.

A. La impericia de la recurrente se afirma en la Sentencia de apelación por no haber tomado una decisión que le era exigible, conforme a la *lex artis*, en la situación antes descrita (comprobada extrema gravedad del niño por insuficiencia respiratoria). Esto es, no haber iniciado a tiempo los trámites para el ingreso del mismo en la unidad de cuidados intensivos del hospital, con respiración asistida, a lo que hay que añadir, ante las deficiencias de tal unidad (que no estaba en funcionamiento y se ponía en marcha previa petición del médico que la reclamara) y la urgencia del caso, su inmediato traslado a otro centro en el que pudiera recibir el tratamiento que su salud reclamaba. Con otras palabras, la recurrente no graduó la gravedad del caso y no le dio el tratamiento excepcional que reclamaba.

B. La ausencia de cualquier indicio de la concurrencia de otra concausa que interrumpiera el curso normal de los acontecimientos, puesto en marcha con la enfermedad del niño, permite imputar el resultado a la pediatra recurrente conforme a reglas de experiencia, como en correcta valoración de la prueba hizo el Tribunal de apelación, ya que resulta evidente

que la acción omitida hubiera eliminado o, cuanto menos, reducido el riesgo de producción del resultado en una medida tal que justifica la plena imputación objetiva del mismo a quien de ese modo se comportó.

D. M. recurrió en casación la Sentencia de la Audiencia Provincial por tres motivos, todos ellos fundados en el artículo 1.692.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En los mismos denuncia la infracción del artículo 1.902 del Código civil y de la jurisprudencia (contenida en las Sentencias de 13 de julio de 1987, 12 de julio de 1988 y 7 de febrero de 1990; de 18 de octubre de 1979, 10 de marzo de 1987, 11 de marzo de 1988 y 5 de mayo de 1988; y de 22 de abril de 1987, 7 de diciembre de 1987 y 12 de julio de 1989, respectivamente).

Para sostener el primer motivo alegó que su prestación profesional era de mera actividad y que no concurría el componente subjetivo de culpa en su conducta. En el segundo negó que pueda atribuirse a su actuación la condición de causa del resultado (en el tercero, realmente, reprodujo los argumentos en que se fundamentan los otros dos).

La Audiencia Provincial declaró responsable al ahora recurrente en cuanto encargado de la unidad de cuidados intensivos del hospital, sin ser intensivista ni estar contratado para prestar servicios como tal de forma permanente (los prestaba cada vez que era requerido puntualmente), cuando debía ser consciente de que los cuidados intensivos no tendrían la misma calidad si estuviera en posesión de aquella cualificación profesional y de que una unidad de tal clase requiere, por su propia naturaleza, la adscripción permanente y regular a la misma de un intensivista.

Debemos dar por reproducida la doctrina expuesta en el anterior fundamento sobre la naturaleza y contenido de la prestación debida por el profesional de la Medicina, sobre la función de la pericia y de la diligencia como medida del contenido de aquella y sobre la exigencia de una relación causal adecuada entre la conducta y el daño para que pueda éste ser imputado a alguien como su autor (temas a los que, además, se refieren las Sentencias invocadas en los motivos).

Los referidos argumentos conducen a la estimación del recurso.

En efecto, los hechos relatados como probados no permiten afirmar la existencia de la referida relación causal entre el comportamiento, activo y omisivo, del ahora recurrente y el luctuoso resultado que llevó a la demandante a reclamar una indemnización. Hay que tener en cuenta que la pediatra no tomó la decisión de ingresar al enfermo en la unidad de cuidados intensivos, razón por la que ninguna deficiencia atribuible al técni-

co responsable de dicha unidad pudo tener influencia causal adecuada en el fallecimiento del niño J.

Como se ha dicho, D. M. fue requerido, no como responsable de aquella unidad, sino como especialista en reanimación, para tratar a un enfermo que se encontraba en una habitación en la cuarta planta. En tal condición compareció y no consta que hubiera aplicado técnicas inapropiadas a la situación. Antes bien, se puede afirmar que, cuando lo hizo, el resultado ya no era, por desgracia, evitable”.

### *3. Doctrina General en materia de Responsabilidad Patrimonial*

Se contiene, entre otras, en las SSTS, 3ª, 6ª, de 10 de febrero de 2001, 15 de abril de 2004 y 7 de febrero de 2006 –casación 6445/01–, aplicando los artículos 121 y 122 LEF, 106 de la CE y 139 de la Ley 30/92, de cuyo análisis se puede extraer la siguiente síntesis expositiva:

#### *3.1. Requisitos:*

- Realidad del daño evaluable económicamente e individualizado.
- Consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente por su propia conducta.

#### *3.2. Naturaleza:*

Objetiva o de resultado en que lo relevante es la antijuricidad del resultado o lesión (STS 3ª, 6ª, de 13 de marzo y 24 de mayo de 1999).

#### *3.3. Nexa causal:*

Cuestión jurídica revisable en casación, basada en los hechos declarados probados por la Sala de instancia (SSTS, 3ª, 6ª, de 6 de abril y 24 de mayo de 1999).

3.4. *El elemento de la “ajeneidad del servicio” es esencial para apreciar la fuerza mayor*

(STS, 3ª, 6ª, de 11 de mayo de 1999 –casación 9655/05).

3.5. *La responsabilidad del médico que presta sus servicios en el ámbito de la sanidad pública:*

Reflexiones sobre la incidencia de las leyes 29/98, 30/92 y 4/99.

### 3.5.1. Precedentes jurisprudenciales

La responsabilidad del médico que presta servicios en el ámbito de la Sanidad Pública ha dado lugar a diversos criterios de interpretación jurisprudencial que, como precedentes, pueden concretarse en los siguientes Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo:

- a) Auto de 8 de marzo de 1991 de la Sala de Conflictos de Competencia, en el conflicto suscitado entre la Sala Tercera, Sección Primera del Tribunal Supremo y la Sala Cuarta de dicho Tribunal, en materia de reclamación de cantidad e indemnización de daños y perjuicios, con ocasión de una intervención quirúrgica, en el que se declara «improcedente el requerimiento de inhibición realizado por la Sala Cuarta del Tribunal Supremo frente a la Sala Tercera, Sección Primera del Tribunal Supremo»
- b) Auto de 21 de junio de 1991, en el conflicto de competencia suscitado entre la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Valladolid y el Juzgado de lo Social nº 3 de Valladolid en reclamación de cantidad por tratamiento médico negligente.

Estima la Sala que: «Las responsabilidades consecuentes han de exigirse ante el orden social de la jurisdicción»

- c) Auto de 23 de diciembre de 1993, de la Sala Especial de Conflictos de Competencia planteado entre el Juzgado de 1ª Instancia nº 21 de Valencia y el Juzgado de lo Social nº 16 de la misma ciudad, en reclamación de daños y perjuicios por defectuosa asistencia médica.

La Sala entiende que: «El conflicto de competencia debe resolverse en favor de la jurisdicción del orden civil, criterio coincidente con el

mantenido en distintos informes fiscales evacuados en el curso del procedimiento»

- d) Auto de 7 de julio de 1994, resolutorio del conflicto de competencia entre el Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona contra el Instituto Catalán de la Salud y frente a la Sección Primera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña en demanda de reclamación de indemnización por transfusión infectada de virus V.I.H.

La Sala resuelve el conflicto a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Cataluña.

- e) Auto de 27 de octubre de 1994, resolutorio del conflicto de competencia suscitado entre el Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona y el Juzgado de Primera Instancia nº 25 de dicha ciudad, en reclamación por defectuosa prestación sanitaria (virus V.I.H.), y resuelve el conflicto a favor del Juzgado de lo Social nº 13 de Barcelona.
- f) Auto de 11 de diciembre de 1995 nº 13/95 de la Sala Especial de Conflictos de Competencia, resolutorio del conflicto entre el Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona y la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña en demanda de reclamación de indemnización contra el Instituto Catalán de la Salud, resuelve el conflicto a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Contiene la misma doctrina el Auto nº 14/95 de 11 de diciembre de 1995.

### 3.5.2. Criterios en la jurisprudencia civil

Reiterada jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha determinado el conocimiento de las cuestiones relativas a responsabilidad extracontractual fundamentadas en los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil y en aplicación del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (T.R. de 26 de julio de 1957), cuando se trataba de reclamaciones en las que la Administración actuaba en relaciones de Derecho privado, en las que la competencia era asumida por la jurisdicción ordinaria (sirvan de ejemplo, entre otras, las sentencias de la Sala Primera de 5 y 21 de septiembre de 1988, 27 de enero y 7 de abril de 1989, 30 de enero y 23 de noviembre de 1990, 30 de

julio de 1991, 15 de marzo de 1993, 18 de febrero y 26 de mayo de 1997), en materia de responsabilidad culposa, originada por actuaciones médicas.

Este mismo criterio se sigue en la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997, que, entre otras resoluciones, fundamenta el Auto de 22 de octubre de 1997 del Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid, para no acceder al requerimiento de inhibición formulado por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y que dió lugar al posterior Auto de la Sala de Conflictos de 25 de marzo de 1998 (Conflicto nº 32/97) que se resolvió a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Sin embargo, como reconocen los fundamentos de derecho segundo y cuarto de la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1997, concurrían en aquel supuesto las siguientes circunstancias:

- a) Se trataba de un caso anterior a la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, cuando no se había modificado la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 y reitera la referida sentencia que cuando la Administración lesiona bienes de carácter privado, es competencia de la jurisdicción ordinaria, apoyando dicho criterio jurisprudencial en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 1985, 1 de julio de 1986, 31 de marzo de 1987, 23 de noviembre de 1991, 11 de junio de 1993, 8 de febrero de 1994, 23 de octubre de 1990 y 3 de octubre de 1994, entre otras.
- b) Se estima en la sentencia que el orden jurisdiccional civil era competente cuando la acción procesal se promueve contra médicos a título particular, abonando la solución a favor del orden jurisdiccional civil, criterio mantenido en las sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 20 de junio de 1994, 8 de junio de 1994 y 18 de mayo de 1994, porque demandados los particulares y la Administración, entendía la Sala Primera que no puede desdoblarse en dos órdenes el conocimiento de la cuestión, haciendo quebrar la continencia de la causa, con el riesgo de resoluciones diferentes.
- c) Finalmente, se señalan como criterios prevalentes el de la vis atractiva del orden jurisdiccional civil y la evitación del peregrinaje de



jurisdicciones, lo que, con anterioridad, se había manifestado en las sentencias de 17 de diciembre de 1985, 14 de octubre de 1986, 25 de octubre de 1989, 24 de enero de 1990, 17 de junio de 1992, 1 de febrero de 1993 y 20 de junio de 1994, todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Los anteriores razonamientos no resultan de aplicación cuando no se es demandado en el proceso civil como particular o médico particular, sino como facultativo de la Sanidad Pública, por lo que es inaplicable la jurisprudencia de la Sala Primera, invocada anteriormente, como fundamento del conocimiento por parte de la jurisdicción ordinaria.

A mayor abundamiento, sobre este punto, como ha reconocido la Sala de Conflictos en precedentes Autos, los Médicos y Asistentes Técnicos Sanitarios son personal estatutario de la Seguridad Social al amparo del artículo 45.2 del Decreto 2.065/74, de 30 de mayo, que establecía que era la jurisdicción social la competente para conocer de las cuestiones contenciosas entre las entidades gestoras y su personal, párrafo derogado por la disposición derogatoria primera b) de la Ley 30/84, de 2 de agosto, que no afecta a los Médicos, escalas sanitarias y Asesores Médicos, en la forma prevista en la disposición adicional número decimosexta de la Ley 30/84, habiendo dejado en vigor, de forma expresa, el artículo 45 del Decreto 2.065/74, la disposición derogatoria única a.1 del Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

### 3.5.3. Análisis de la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994 y del Auto de la Sala de Conflictos de 7 de julio de 1994

La sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994, pone de manifiesto, en particular en el fundamento jurídico cuarto, que lo determinante a efectos de resolver el orden jurisdiccional competente está en el análisis de la actuación del particular demandado y su conexión con el funcionamiento del servicio público, que está en la causa del efecto lesivo producido y aplicando esa ponderación, resulta forzoso diferenciar:

- a) El caso de una convergencia eventual de la acción del particular y del funcionamiento del servicio público en la causación del resultado dañoso.
- b) La posición del médico que se inserta en el propio funcionamiento del servicio, pues, en su condición, incide en la prestación del ser-

vicio público sanitario, dentro de la organización del ente administrativo codemandado, que es determinante del origen causal del daño alegado.

También el Auto de la Sala de Conflictos de 7 de julio de 1994 reconoció a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el conflicto positivo de competencia mantenido con el Juzgado de lo Social nº 12 de Barcelona, en un supuesto derivado de indemnización por prestación incorrecta de asistencia sanitaria, por fallecimiento de una enferma a consecuencia de una transfusión sanguínea infectada del virus de inmunodeficiencia humana.

#### 3.5.4. Criterios legales de aplicación en la Ley 30/92 de 26 de noviembre

La Ley 30/92 establece el principio de unidad jurisdiccional en la materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas por una doble vía:

- a) Unificando el procedimiento para la reclamación de indemnización.
- b) Determinando, con carácter único, la jurisdicción y el régimen jurídico aplicable, terminando con lo que la Sala Primera gráficamente ha denominado “lamentable peregrinaje de jurisdicciones” (así en sentencias de 5 de julio de 1983 y 1 de julio de 1986, entre otras).

El desarrollo de los indicados puntos, permite constatar como criterios relevantes los siguientes:

- a) El procedimiento lo señala el artículo 145.1 de la Ley 30/92, cuando dice que “Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio”. Así, en la actividad prestacional por parte de la Administración es indiferente, al amparo del artículo 142.6 de la Ley 30/92, la naturaleza pública o privada de la relación de que deriva la responsabilidad.
- b) El segundo aspecto plantea el problema de la unificación jurisdiccional a favor del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, habida cuenta de la derogación específica del artículo 41 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, del principio de responsabilidad directa de las Administraciones Públicas

cuando actúan en relaciones de derecho privado (artículo 144 de la Ley 30/92) y de la responsabilidad exigible, en la forma prevista en los artículos 142 y 143 de dicho cuerpo legal.

Este criterio legal viene precedido de algunos criterios jurisprudenciales en materia de reclamación de indemnización de daños y perjuicios por defectuosa asistencia médica, extraídos del análisis de algunos Autos precedentes de la Sala Especial de Conflictos de Competencia.

Como ejemplo pueden citarse: el Auto de 8 de marzo de 1991 en el conflicto suscitado entre la Sala Tercera, Sección Primera del Tribunal Supremo y la Sala Cuarta de dicho Tribunal, en el que se declaró improcedente el requerimiento de inhibición realizado por la Sala Cuarta, el Auto de 11 de diciembre de 1995, nº 13/95, que resuelve a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña el conflicto planteado con el Juzgado de lo Social nº 19 de Barcelona, en demanda de reclamación de indemnización contra el Instituto Catalán de la Salud, el Auto nº 14/95, de 11 de diciembre de 1995, que resuelve el conflicto a favor de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior del País Vasco, en relación con el conflicto mantenido con el Juzgado de lo Social nº 8 de Bilbao, en demanda de reclamación de indemnización contra el Servicio Vasco de Salud, y el Auto de 25 de octubre de 1996, que resuelve el conflicto a favor de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con sede en Sevilla, en relación con el conflicto planteado con el Juzgado de lo Social nº 2 de Cádiz, en demanda de reclamación de indemnización por prestación incorrecta sanitaria.

Finalmente, el Auto de la Sala Especial de Conflictos de 17 de julio de 1997, en un supuesto derivado de un conflicto entre el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Córdoba, por reclamación en demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía y la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, resuelve el mismo a favor de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, aludiendo a dos criterios básicos:

- a) El régimen jurídico unitario derivado de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común y del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo, que aprueba el Reglamento de procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, al unificar el cono-

cimiento de esta materia por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa y las precedentes resoluciones de 7 de julio y 27 de octubre de 1994, 25 de octubre y 10 de diciembre de 1996 de la Sala de Conflictos de Competencia.

- b) La circunstancia de que la demanda civil se interpusiera no sólo contra el Servicio de Salud, sino también contra dos personas más, ya que éstas fueron demandadas en su calidad de personal al servicio de la Administración e incluidas en el ámbito de aplicación de este sistema de responsabilidad patrimonial, según determinan los artículos 142 y 145 de la Ley 30/92 y el artículo primero del Real Decreto 429/93, criterio mantenido en el Auto de la Sala Especial de Conflictos de 19 de diciembre de 1996 y en sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 20 de junio de 1994, al diferenciar el caso de que los demandados actúen como tales particulares de aquéllos en los que actúan como agentes de la Administración, en que resulta competente la jurisdicción contencioso-administrativa.

### 3.5.5. Análisis de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (B.O.E. de 14 de julio de 1998)

Esta Ley entra en vigor a los cinco meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado. Los criterios fundamentales que se extraen del articulado, pueden concretarse en los siguientes puntos:

- a) Señala, en la Exposición de Motivos, que las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tienen cobertura constitucional y son de naturaleza pública, pues la ley impone que, en todo caso, la responsabilidad se exija a través de un tipo de procedimiento administrativo, unificando la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la jurisdicción contencioso-administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo los casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal.
- b) El artículo 2, apartado e) de la Ley señala “La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccional civil o social” corresponde su conocimiento al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Desde esta perspectiva, ya la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 20 de junio de 1997, pone de manifiesto los criterios de la progresiva objetivación de la responsabilidad en relación con el ámbito competencial de la Administración hospitalaria, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la carga de la prueba en relación con la ausencia de culpabilidad, incumbiendo al prestador de los servicios sanitarios su acreditamiento.

### 3.5.6. Examen de los nuevos criterios de aplicación extraídos del estudio de la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificativa de la Ley 30/1992

#### 1. La responsabilidad de derecho privado en el artículo 144 de la Ley 4/1999

Dispone el indicado precepto:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo, actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentra. La responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

Los precedentes legales se contenían desde 1957 en el artículo 41, LRJAE, que disponía:

«Cuando el Estado actúe en relaciones de Derecho privado, responderá directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes, considerándose la actuación de los mismos como actos propios de la Administración. La responsabilidad, en este caso, habrá de exigirse ante los Tribunales ordinarios».

Tal precepto estableció, por tanto, un distinto régimen jurídico en función del tipo de relación modificando el criterio de la LJ -que en su artículo 3.1.b) había consagrado el principio de unidad de jurisdicción- y estableció la dualidad, al atribuir a la jurisdicción de los Tribunales del orden civil el conocimiento de las pretensiones de responsabilidad de la Administración cuando actuase sujeta al Derecho privado y una especialidad: que, aun cuando el Estado actuare en relaciones de Derecho privado, respondería directamente de los daños y perjuicios causados por sus autoridades, funcionarios o agentes. Pero en lo demás, se regiría por el Ordenamiento jurídico que regulaba su actuación.

Tradicionalmente, conoció la Sala Primera del Tribunal Supremo de los supuestos en que la Administración al amparo del artículo 41 LRJAE, actuaba en las relaciones de Derecho Privado.

Una síntesis de la doctrina jurisprudencial de dicha Sala puede concretarse en los siguientes puntos:

- a) Sentencia 17-6-1989: La responsabilidad de los causantes directos (art. 1.902 C.c) es solidaria con quienes sean estimados responsables, por aplicación del artículo 1.903 C.c. y la acción puede dirigirse contra todos, lo que implica inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario (STS, 1ª, 9-1-1985, 7-2-1986, 17-2-1986, 8, 10 y 14-5-1986 Y 7-6-1988).
- b) Sentencia 23-11-1990: Aplicación del artículo 41 LRJAE (también las STS, 1ª, de 5 y 21-9-1988, 27-1 Y 7-4-1989, 30-1 y 23-11-1990, 30-7-1991, 15-3-1993, 18-2-1997, 26-5-1997 y 24-6-1997).
- c) Reconocen la negligencia del causante las STS de 12-7-1988, 6-11-1990, 20 y 21-2-1992, criterio que después ha asumido la Sala Cuarta en STS de 21-4-1993, mientras que la relación de causalidad culposa se examina en las sentencias de la Sala Primera de 6-11-1990, 8-10-1992, 2-2 y 23-3-1993, 29-3-1994, 6-10-1994 y 16-2-1995.
- d) En la Sentencia de 11-3-1996 se descarta la responsabilidad objetiva y sin que opere la inversión de la carga de la prueba, mientras que la sentencia de 20-6-1997 fija criterios de objetivación de la responsabilidad en relación con el ámbito competencial de la Administración Hospitalaria, teniendo en cuenta la propuesta de Directiva de la Comunidad Europea y así, la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de los servicios sanitarios.
- e) La Sentencia de 2-11-1999 declara la responsabilidad solidaria de la entidad aseguradora con el facultativo oftalmólogo para el pago de una cantidad reclamada por el paciente y reconoce: 1º) La responsabilidad por hecho ajeno, existiendo una relación contractual entre la Compañía aseguradora y el médico (con precedentes en la sentencia de la Sala Primera de 12 de febrero de 1990). 2º) Dicha responsabilidad también es contractual, entre la Compañía aseguradora y el asegurado. 3º) Reconoce la sentencia que en el supuesto de responsabilidad médica por asistencia prestada a paciente concurren conjuntamente los aspectos contractual y extracontractual (STS de 7 de febrero de 1990 y 22 de febrero de 1991) actuando la

extracontractual completando a la contractual (STS de 11 de marzo y 8 de julio de 1996).

La LOPJ, según la reforma introducida por la LO 6/1998, de 13 de julio, ha dejado sentado inequívocamente el principio de unidad de jurisdicción. El artículo 9.4, inciso segundo, LOPJ, dice que los órganos judiciales del orden contencioso-administrativo «conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubiesen concurrido sujetos privados, el demandante deducirá frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

Por su parte, el artículo 2.e), LJ, en la redacción por la Ley 29/98 de 13 de julio, atribuye al orden jurisdiccional contencioso-administrativo el conocimiento de «la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social».

Este precepto plantea la necesaria unidad jurisdiccional a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa, extremo ya reconocido en numerosos Autos dictados por la Sala Especial de Conflictos de Competencia entre la jurisdicción civil y la contencioso-administrativa.

Así, por ejemplo, en los Autos de 25 de marzo y 23 de junio de 1998, entre otros, (Ponente: González Rivas).

Una síntesis de la evolución de la doctrina jurisprudencial hasta llegar a consagrarse el principio de unidad jurisdiccional, se contiene en la sentencia de la Sala Primera de 6 de mayo de 1996, que resumía así la evolución legislativa:

- a) El sistema establecido en el art. 41 de la LRJAE de dualidad de jurisdicciones, planteó algunas dificultades interpretativas y algunas contradicciones entre la jurisprudencia de la Sala Primera y la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Así, mientras la Sala Tercera daba un concepto amplio de servicio público comprensivo de todo «giro o tráfico administrativo» (Ss. de 28 de enero de 1993, 7 de julio de 1993, 22 de marzo de 1995 y 23 de junio de 1995); la Sala Civil en cuestiones prácticamente idénticas, formulaba un concepto estricto



de servicio público y alegaba la doctrina de la culpa «in vigilando» para considerar la responsabilidad de la Administración pública cuestión de derecho privado [SSTS de 23 de julio de 1992, 7 de julio de 1993, 8 de junio de 1994, 24 de marzo de 1995, fundando también la concepción amplia de la competencia de los Tribunales civiles, en la «vis atractiva» de la jurisdicción civil y la exigencia de evitar el peregrinaje de jurisdicciones [SSTS de 23 de noviembre de 1990, 27 de septiembre de 1993, 3 de octubre de 1994, 24 de marzo de 1995 y 22 de abril de 1995].

- b) La Ley 30/1992 de 26 noviembre, sobre la base de la competencia general atribuida por la Constitución al Estado para la regulación de un sistema de responsabilidad de todas las administraciones públicas (art. 149.1.18 CE), establece un sistema unitario y legal de responsabilidad patrimonial de la Administración cualquiera que sea el tipo de relación pública o privada de que se derive (art. 142.6), regulándose un único procedimiento administrativo en el RD 429/1993, de 26 marzo, interpretación que ha de ponerse en relación también con la supresión del párrafo 5 del artº 1903 C.c. por la Ley 1/1991, de 7 enero.

Así declara el Auto de 7 julio 1994 de la Sala de Conflictos de Competencia, que «Hay que hacer notar que, al tener un alcance general y unitario el principio de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, como se desprende de los artículos 106.2 y 149.1.18. de la Constitución, no sólo no es esencial sino que resulta indiferente, como por otra parte tiene declarado el Tribunal Supremo, entre otras en Sentencias de su Sala 3ª de 4 enero 1991, que la actividad administrativa haya tenido lugar en el estricto ejercicio de una potestad administrativa o en forma de una mera actividad material o en omisión de una obligación legal, del propio modo que también es indiferente –art. 142.6– la naturaleza, pública o privada, de la relación de que la responsabilidad derive», interpretación igualmente establecida en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 22 diciembre 1995, y por la Sala Primera del Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de octubre de 1995.

- c) Después de la reforma introducida por la Ley 30/1992 de 26 noviembre, las demandas por responsabilidad civil frente a la Administración sólo serán posibles ante la Jurisdicción civil por no poderse separar la continencia de la causa y ante el riesgo de fallos contradictorios, cuando junto a la Administración se demanda también a personas físicas o jurídicas privadas y exista un vínculo de



solidaridad entre ellos (SSTS -Sala Primera- de 2 de febrero de 1987, 28 junio 1993 y 3 de octubre de 1994).

En el nuevo artículo 144, redacción por la Ley 4/99, la unificación jurisdiccional se hace patente al responder las Administraciones Públicas cuando actúen en relaciones de derecho privado, respondiendo de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre.

Se opta, de este modo, por una unificación del régimen jurídico sustantivo de la responsabilidad patrimonial, sentando un sólo orden jurisdiccional competente, sin discriminar si la actuación es en régimen de Derecho Público o Privado.

Esta unidad de jurisdicción se extiende al conocimiento de las cuestiones de responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, como sentó el Auto de la Sala de Conflictos de Competencia del TS de 7 de julio de 1994 (Ponente: Pascual Sala), al decir que:

«Una vez derogado el... artículo 41, LRJ y alumbrado un único sistema de responsabilidad de las Administraciones públicas... resulta difícil sostener, sin un específico precepto que así lo establezca, que en materias de relaciones propias de la Seguridad Social y de daños causados en prestaciones sanitarias, la responsabilidad patrimonial de las instituciones correspondientes, que son entidades de Derecho público, con personalidad jurídica propia y vinculadas a la Administración del Estado, y, por tanto, Administraciones públicas a los efectos de la LRJPA –art. 2.2–, sea inexistente y quede diluida en la acción protectora del sistema de la Seguridad Social».

La misma doctrina, en Auto de 25 de octubre de 1996, que reitera la Sentencia de 20 de diciembre de 1997 (Ponente: Peces), que dice:

«Aunque este criterio no ha sido seguido por la Sala de 10 Social de este TS en Ss. de 10 de julio, 14 y 16 de octubre de 1995... no cabe duda que atribuir la competencia de las Administraciones públicas a diferentes órdenes jurisdiccionales favorece al denominado “peregrinaje procesal” tan poco respetuoso con el derecho fundamental a una efectiva tutela judicial, por lo que nuestro Ordenamiento se ha acogido, como ha declarado la aludida Sala de Conflictos de este TS a un sistema de unidad de jurisdicción».

Como se ha señalado, según el artículo comentado, después de la reforma, no ofrece duda que la responsabilidad patrimonial de las

Administraciones públicas cuando actúen en relaciones de Derecho privado se somete al mismo régimen jurídico que cuando actúen sujetas al Derecho administrativo. El artículo comentado, después de la reforma, no se remite únicamente a los artículos 142 y 143 -que regulan el procedimiento-, como hacía el texto original. Sino que después de la reforma, «la responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de esta Ley».

2. La exigencia de responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en el nuevo artículo 145 de la Ley 4/1999.

Señala el indicado precepto:

- «1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo 1 de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio.
2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados podrá exigir de sus Autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave, previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: El resultado dañoso producido, la existencia o no de la intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas y su relación con la producción del resultado dañoso.

3. Asimismo, podrá la Administración instruir igual procedimiento a las Autoridades y demás personal a su servicio por los daños o perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, culpa o negligencia grave.
4. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa.
5. Lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de la culpa a los Tribunales competentes».

En aplicación del artículo 145 de la Ley 4/99, pueden incurrir en responsabilidad patrimonial tanto los funcionarios como las autoridades: el titular del órgano público al que pueda imputarse la lesión patrimonial, siempre que concurren los requisitos establecidos en este artículo.

La L.O. 6/1988, de 13 de julio, al reformar el artículo 9.4, LOPJ, atribuye a los órganos del orden contencioso-administrativo jurisdicción para conocer «de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive» y, en los términos legales «si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional».

En este punto, y a la hora de interpretar el precepto, procede referirse a la Exposición de Motivos, de forma que si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, entendiendo por sujetos privados aquellos que no estén al servicio de los poderes públicos actuantes en cada situación.

El artículo 145.2 LRJPA –y los arts. 19, 20 y 21, RPRP–, se refiere expresamente a «autoridades y demás personal a su servicio» por lo que, es evidente que será responsable toda persona física que preste servicio en la Administración pública a la que sea imputable el hecho que determinó el daño” concurriendo los requisitos del artículo 145.2 LRJPA.

El artículo 145 LRJPA -así como los arts. 19 y 20 RPRP-, tanto en su número 2 -que regula el supuesto de que la Administración hubiese indemnizado a terceros- como en su número 3 -daños a la propia Administración-, exige, para que nazca la responsabilidad patrimonial del titular del órgano, «que hubiese concurrido dolo, culpa o negligencia grave». Y tanto en uno como en otro supuesto, para la exigencia de la responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios, fijados en el artículo 145.2, párrafo 2º.

- Resultado dañoso producido: Parece evidente que ha de existir una proporción entre el daño y el tipo de actividad realizada.
- Existencia o no de intencionalidad: En caso de que no exista intencionalidad ha de tenerse en cuenta que la Ley exige que concorra

«culpa o negligencia grave». Esta calificación existía en la normativa anterior y era reveladora de que no es suficiente una falta de normal diligencia.

- Responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas: Habrá de tenerse en cuenta, en este caso, la profesión, a fin de verificar hasta qué punto, aplicando los conocimientos y preparación de ella, la falta cometida reviste la «gravedad» exigida.
- Relación con la producción del resultado dañoso: Se está haciendo referencia a la imputabilidad debiendo verificarse ésta en razón de la concurrencia de la actuación de otras personas que hubiesen intervenido y de las condiciones materiales en que se realizó.

Si el daño se hubiese ocasionado a un tercero, para que la Administración pueda repetir contra la autoridad o funcionario que hubiese incurrido en «dolo o culpa grave» es necesario que, previamente, hubiese pagado la indemnización. El artículo 145.2 LRJPA, exige que la Administración «hubiere indemnizado a los lesionados».

En el procedimiento que se incoe frente a los mismos siempre podrá discutirse hasta qué punto la cantidad que se pagó al particular por la entidad en concepto de indemnización es correcta, si bien si el pago se hizo después de un proceso en el que se dictó sentencia firme que fijó la cantidad, el ámbito objetivo del procedimiento frente al titular del órgano de la entidad quedará limitado a verificar hasta qué punto aquella cantidad corresponde a la indemnización debida a la lesión que sea consecuencia de la acción dolosa o culposa. Por lo que, a fin de que no se produzca indefensión y, por tanto, infracción del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva que consagra el artículo 24 de la Constitución, en el proceso administrativo incoado frente a la Administración pública sobre responsabilidad patrimonial, deberá citarse al titular del órgano. De no habersele dado oportunidad de defensa en este proceso, no puede negársele en el procedimiento que se incoe frente a él la facultad de discutir si es correcta la cantidad pagada en concepto de indemnización.

La LRJPA, artículo 145.2, dice que la responsabilidad, en el supuesto de que la Administración hubiese «indemnizado directamente a los lesionados», se exigirá «previa la instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca». Y el número 3 del mismo artículo, al regular la responsabilidad por daños a la propia Administración dice que «la Administración instruirá igual procedimiento».

El procedimiento se contiene en el artículo 21 del R.D. 429/93 de 26 de marzo, que contiene el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial y se concreta en las siguientes fases:

### 1. Iniciación

El procedimiento se iniciará por acuerdo del órgano correspondiente, en el que se expresarán los motivos por los que se estima puede existir responsabilidad del titular del órgano frente al que se incoe el procedimiento, delimitando:

- Los hechos, que se presume son determinantes de los daños.
- Los daños ocasionados.
- La posible responsabilidad según los criterios que establece el artículo 145.2 LRJPA.

### 2. Instrucción

La instrucción del procedimiento se ajustará a las normas generales de los artículos 78 y 79, LRJPA. Se emitirán los informes que se juzguen necesarios para resolver (art 82 LRJPA) practicándose, de oficio o a instancia del presunto responsable, las pruebas relevantes para la determinación conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución (arts. 78 y 80 LRJPA).

### 3. Audiencia y vista

Es trámite esencial el de audiencia, con arreglo al artículo 84, LRJPA.

### 4. Resolución

La propuesta de resolución se formulará en el plazo de 10 días (art. 21.4, RPRP).

La resolución se dictará en el plazo de cinco días (art. 21.6 RPRP), y será motivada.

### 5. Efectos jurídicos

El número 4 del artículo 145 LRJPA, establece que la resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa. Ha

de referirse la expresión declaratoria a todos los supuestos de pronunciamiento posibles: estimatorio, desestimatorio o de estimación parcial. Como el acto sobre declaración de responsabilidad se ha dictado en ejercicio de una prerrogativa y está sujeto al Derecho administrativo, la jurisdicción para decidir sobre su conformidad al Ordenamiento jurídico corresponderá a los Tribunales del orden administrativo (art. 1, LJ).

La persona declarada responsable estará legitimada para deducir la pretensión de anulación, reconocimiento de la improcedencia de la indemnización y en su caso, de condena a la devolución de la cantidad que se hubiese pagado en ejecución del acto, con la consiguiente indemnización de perjuicios.

El artículo 145.5, LRJPA, establece que, si procede, se pasará el tanto de culpa a los Tribunales competentes.

#### **4. *La responsabilidad penal en el artículo 146 de la Ley 30/92 (modificado por la Ley 4/99)***

En el indicado precepto se señala que:

1. «La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito, se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente».
2. «La exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial».

El artículo 146 ahora comentado se limita a remitirse a la legislación correspondiente en su número 1, estableciendo en el número 2 una especialidad para el supuesto de responsabilidad penal: que la incoación del proceso penal «no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial», suprimiéndose en la nueva regulación la referencia a la interrupción del plazo de prescripción.

Este artículo, en su versión original, se refería en su número 1 a la «responsabilidad civil y penal». Se ha suprimido la referencia a la civil lo que constituye un argumento importante a favor de la eliminación de la posibilidad de que el perjudicado deduzca su pretensión de indemnización directamente frente al titular del órgano responsable.

La responsabilidad penal se exigirá de acuerdo con la legislación correspondiente. El número 2 de este artículo regula la relación entre el proceso penal y la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en su caso, del titular del órgano.

Este tema ha sido examinado en la STS de 20 de octubre de 1997 (Ponente: González Rivas), y los criterios esenciales de la sentencia sobre este punto son:

«Así ha declarado la jurisprudencia de este Tribunal (en sentencias de 30 de mayo de 1983, 15 de junio, 13 de julio, 18 de julio, 4 y 12 de diciembre de 1984, 7 de noviembre de 1985 y 27 de mayo de 1994, entre otras) los siguientes criterios de aplicación al caso examinado:

a) Fuera del caso previsto en el artículo 116.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (declaración de que no existió el hecho de que la responsabilidad civil hubiera podido nacer) las sentencias absolutorias de la jurisdicción penal no vedan a otros Tribunales para calificar el hecho como culposo o negligente en el ámbito civil y generador de la obligación de indemnizar, al amparo del artículo 1902 del Código civil.

b) La jurisdicción Penal no puede limitar ni condicionar la potestad específica de la jurisdicción contencioso-administrativa, pues una y otra obligación nacen de causas distintas: la primera, de naturaleza penal para determinar la responsabilidad punible de los autores, la segunda dimanante del funcionamiento de los servicios públicos y es determinante para concretar la responsabilidad patrimonial o extracontractual de la Administración.

c) Esta Sala, en Auto de 16 de marzo de 1987 acordó la suspensión del recurso contencioso-administrativo hasta que se dictase sentencia penal, dimanante del sumario 56/82, instruido por el juzgado de Instrucción de Játiva, con fundamento en los artículos 114 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 4.1 de la LJCA, lo que ha sucedido en la actualidad, habiendo reconocido el Auto de la Sección 2ª de esta Sala de 3 de septiembre de 1993 que las reglas contenidas en el artículo 146.2 de la Ley 30/92 (no suspensión de los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial ante la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesario para la fijación de



responsabilidad patrimonial) con arreglo a la disposición transitoria 2.1, no era de aplicación a los procedimientos iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley que se regirían por la normativa anterior.

d) Este criterio es coherente con las STS de 10 y 31 de enero, 12 de marzo y 17 de julio de 1992 que reconocen la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en el caso de intervención de miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, con independencia de la responsabilidad patrimonial que corresponde a la Administración Pública y que establece el artículo 106.2 de la Constitución Española como sistema unitario de responsabilidad objetiva directa de la Administración Pública por el funcionamiento de los servicios públicos, máxime cuando respetando los hechos probados de la sentencia penal precedente no se entra a decidir la relación entre la conducta del culpable y el servicio público, cuya responsabilidad, habrá de exigirse en este procedimiento, sin darse duplicidad de actuaciones ni indemnizatoria (como indica el artículo 121.1 del Código Penal -Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre-).

La proyección de los anteriores criterios jurisprudenciales a la cuestión examinada, permite sentar las siguientes consecuencias:

- 1ª) El fundamento de la pretensión que discurre por el procedimiento administrativo no se anuda a ningún delito (como reconoce la STS de 2 de noviembre de 1991) sino a una responsabilidad objetiva de la Administración prevista, en el caso examinado, en el artículo 40 LRJAE pues lo único que constituye el objeto específico de este proceso es decidir si la Administración debe responder objetivamente como prestadora de un servicio público.
- 2ª) En consecuencia, hay que partir de los puntos a estudiar en materia de responsabilidad administrativa, teniendo presente el derecho de los particulares a ser indemnizados por las lesiones que sufran a consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo los casos de fuerza mayor (artículo 106.2 de la Constitución Española y 40.1 LRJAE) dando a la expresión de servicio público un sentido amplio como toda actuación, gestión o actividad propias de la función administrativa, incluso por la omisión o pasividad cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de modo determinado (STS de 5 de junio de 1989, 17 de noviembre de 1990 y 22 de noviembre de 1991).
- 3ª) A mayor abundamiento, este mismo criterio, se sustenta en las Resoluciones recurridas que al desestimar las reclamaciones formuladas diferencian el proceso penal y administrativo, pudiendo



destacarse, al respecto, sus razonamientos concretados en los siguientes puntos:

a) El procedimiento seguido por el juzgado de Instrucción de Játiva tiene una finalidad concreta y determinada, es decir, la averiguación de la existencia de algún delito por acción u omisión sin perjuicio de las responsabilidades civiles que en su caso pudieran declararse, actividad instructora completamente diferente del procedimiento netamente administrativo que se está siguiendo en este expediente.

b) Las facultades que competen a la Administración Pública definen por sí misma la existencia o no de lesión indemnizable en este caso, de conformidad con los principios que inspiran el sistema vigente de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

c) Incumbía a la Administración la obligación de resolver las peticiones que por los particulares se le dirijan (artículo 39 de la Ley de Régimen jurídico).

d) La ausencia de preceptos concretos y terminantes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 que permitan la suspensión de unas actuaciones ya incoadas, dado el carácter restrictivo que, para supuestos parecidos, se imponen en dicho texto legal (artículo 116).

e) Por razones de congruencia y adecuación a sus propios actos, que han de observar los interesados en un procedimiento administrativo, quienes iniciaron de manera clara y consciente, y mediante sus respectivos escritos de reclamación la incoación de este procedimiento, el cual ha de continuarse inexcusablemente hasta su finalización por alguna de las causas previstas legalmente para su terminación (desistimiento, renuncia, caducidad o resolución).

f) Por razón de las diferencias conceptuales y de regulación legal existentes entre la responsabilidad civil subsidiaria del Estado y la responsabilidad patrimonial de la Administración ya que la primera de las responsabilidades citadas se fundamenta en el principio de que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, siéndolo subsidiariamente el Estado, de acuerdo con la jurisprudencia existente, lo que significa que, dictada Sentencia declarando culpable a cualquier funcionario del Departamento, en razón de las actividades públicas que

tenga encomendadas por su cargo, puede decretarse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, ante la posible insolvencia del condenado.

g) A diferencia de la anterior, la responsabilidad patrimonial de la Administración es esencialmente de carácter objetivo, lo que presupone que se genera sin necesidad de culpa o negligencia del obligado a reparar el daño (en este caso el Estado). La declaración de responsabilidad patrimonial se obtiene en la vía administrativa, mediante la tramitación del oportuno expediente, sin precisar intervención judicial alguna y se fundamenta en la existencia de una lesión (en bienes o derechos) para el particular perjudicado, que éste no deba soportar legítimamente, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico, 106 de la Constitución Española y hoy artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92)».

El número 2 del artículo comentado parte de la independencia entre el proceso penal y los procedimientos de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial.

El hecho de que se haya incoado un proceso penal o incoado diligencias para exigir la responsabilidad penal del personal al servicio de la Administración pública, no constituirá obstáculo alguno para que pueda seguirse procedimiento administrativo a fin de exigir de la Administración la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de sus agentes que pueda ser considerada delito.

La LRJPA se apartó así de la jurisprudencia anterior que resume la STS de 3 de enero de 1990, que había declarado la improcedencia de incoar procedimiento de responsabilidad patrimonial si se hubiese incoado proceso penal.

La nueva regulación contiene, no obstante, la salvedad sobre la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal cuando ésta sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

En todo caso, la indemnización se hará efectiva a través de los procedimientos establecidos al efecto, en los que se verificará si la lesión patrimonial es o no imputable al servidor público, al margen de que el acto u omisión sean o no constitutivos de delito, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial.

Pese a los términos del artículo 9.4, LOPJ, reformado por LO6/1998, que atribuye a los órganos del orden contencioso-administrativo jurisdicción para conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y del personal a su servicio, y a pesar de la interpretación dominante del artículo 145.2 LRJPA, es evidente que en el supuesto de que se hubiese incoado un proceso penal en relación con la calificación de delito de unos actos de los que se deriven daños patrimoniales, será posible formular la pretensión civil de indemnización en el proceso penal, pretensión que se resolverá en la sentencia penal, pues, a tenor del artículo 742, párrafo segundo, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, también se resolverán en la sentencia todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio.

En todo caso, de concurrir una sentencia penal previa y un ulterior proceso contencioso-administrativo hay que señalar como la cuestión que resuelve la jurisdicción penal es el régimen de la acción civil que nace del delito, mientras que en el proceso contencioso-administrativo estamos ante el ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial de la Administración por funcionamiento de los servicios públicos (arts. 106.2 de la CE y 139 y ss. Ley 30/92).

De la anterior reflexión precedente se infieren, entre otras, las siguientes consecuencias:

- a) La evitación del enriquecimiento injusto que podría producirse de duplicarse la reparación o indemnización de los daños y perjuicios sufridos por los perjudicados que además hayan podido experimentar una lesión por el mal funcionamiento del servicio.
- b) La ponderación de la referida indemnización con la necesidad de evitar la referida duplicación.

##### ***5. La disposición adicional duodécima de la Ley 4/1999***

Señala el precepto que: «La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los Centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso»

Con anterioridad a la entrada en vigor de las Leyes n° 29/98, de 18 de julio, sobre la jurisdicción contencioso-administrativa y a la Ley n° 4/1999, de 13 de enero, la Sala Especial de Conflictos en Auto de 25 de marzo de 1998 (Ponente: González Rivas), al resolver el conflicto de competencia n° 32/1997 valoró los principios inspiradores que se inferían de dichos textos legales del siguiente modo:

«**NOVENO**- Estos criterios, derivados del análisis de la aplicación legal y jurisprudencial se completan con dos reflexiones, extraídas del análisis de los Proyectos de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y de modificación de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo común.

a) En el primero de los Proyectos se señala, en la Exposición de Motivos, que las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública tienen cobertura constitucional y son de naturaleza pública, pues la ley impone que, en todo caso, la responsabilidad se exija a través de un tipo de procedimiento administrativo, unificando la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo los casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal. Así, en el artículo 2, apartado e) de dicho Proyecto, se señala «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandada aquélla por este motivo ante los Ordenes Jurisdiccionales Civil o Social» correspondiendo su conocimiento al Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo.

Desde esta perspectiva, ya la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Superior, de 20 junio 1997, pone de manifiesto los criterios de la progresiva objetivación de la responsabilidad en relación con el ámbito competencial de la Administración hospitalaria, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, la propuesta de Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre la carga de la prueba en relación con la ausencia de culpabilidad, incumbiendo al prestador de los servicios sanitarios su acreditamiento.

b) En el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 30/1992, de 26 noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se contiene la previsión normativa que completa el contenido y alcance de la disposición adicional primera del Real Decreto 429/1993, de 26 marzo. En dicho precepto, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se determinaba la responsabilidad patrimonial de

las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, fueran estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones que seguirían la tramitación administrativa y contencioso-administrativa prevista en dicha ley y en el Reglamento.

En el Proyecto de Ley, en la disposición adicional duodécima, se regula la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, con idéntica redacción, señalándose que «seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al Orden Contencioso-Administrativo, en todo caso».

En la Ley 4/99 de 13 de enero, se contiene la previsión normativa que completa el contenido y alcance de la disposición adicional primera del Real Decreto 429/93, de 26 de marzo. En dicho precepto, de conformidad con lo establecido en los artículos 2.2 y 139 a 144 de la Ley 30/92 de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común se determinaba la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, fueran estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones que seguirían la tramitación administrativa y contencioso administrativa prevista en dicha ley y en el Reglamento.

En la disposición adicional duodécima de la Ley 4/99, de 13 de enero, que analizamos, se regula la responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de la Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria y las correspondientes reclamaciones, señalándose que “seguirán la tramitación administrativa prevista en esta ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso administrativo, en todo caso”, no observándose modificación alguna desde la originaria redacción del texto del anteproyecto, al que contiene el proyecto de ley, durante la tramitación parlamentaria y la redacción definitiva del texto legal.

De esta forma, y en concordancia con la redacción del nuevo artículo 144, se establece que cuando las Administraciones Públicas actúen en relaciones de Derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentra a su servicio, considerándose la actuación del mismo como actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre, exigiéndose la responsabilidad de conformidad con lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 por lo que la nueva disposición adicional duodécima pone fin al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden jurisdiccional competente para conocer de estos procesos cuando el daño se produce en relación con la asistencia sanitaria pública, atribuyéndolos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

## 6. Reflexión final

**Primera.-** La salud como principio rector de política social y económica ha de ser objeto de especial consideración por los poderes públicos (artículo 9.2 de la CE), correspondiendo a la legislación positiva y a la práctica judicial su desarrollo y ordenación.

**Segunda.-** La responsabilidad médica, dentro de las formulaciones de la responsabilidad contractual y extracontractual, incide en el ámbito profesional del médico, cuyos conocimientos y buena praxis repercuten en la *lex artis ad hoc*.

**Tercera.-** La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido perfilando los elementos constitutivos básicos de la teoría de la responsabilidad, centrada en el reconocimiento de una acción u omisión, un resultado dañoso y un nexo causal, cuyo examen no queda excluido del control casacional.

**Cuarta.-** Para determinar un tratamiento adecuado, en forma de diagnóstico certero, hay que considerar el grado de preparación del médico y la necesaria dotación de medios por parte de las correspondientes Instituciones Sanitarias.



# Responsabilidad civil y consentimiento informado

XAVIER O'CALLAGHAN

Magistrado del Tribunal Supremo Catedrático de Derecho civil

## 1. La responsabilidad civil

Sobre el tema de la responsabilidad civil hay que observar, como punto de partida, la gran disparidad de criterios que aparece en la doctrina, no tanto por producirse diversas teorías sobre extremos concretos, sino por darse puntos de vista distintos y por falta de acuerdo ni siquiera en la terminología: se habla de responsabilidad cuando realmente hay obligación (de reparar el daño, véanse los artículos 1.902 y antes, los artículos 1.089 y 1.093); se habla de culpa, cuando ciertamente lo que hay es nexo causal, etc. La jurisprudencia, por otra parte, no es unánime y enseguida se verá la evolución que ha tenido que seguir para adaptar la normativa a la realidad social y cumplir lo que prevé el artículo 1.6 del Código civil: *complementar el ordenamiento jurídico*.

La responsabilidad civil (*rectius*, la obligación de reparar el daño causado) apenas tuvo importancia durante siglos. Así, en la época de la codificación, esencialmente en el siglo XIX, pocos artículos sobre ello se incluyeron en los códigos civiles. Pero a medida que pasan los años, los progresos en la técnica y el aumento de los daños son imparables. La consecuencia es que se interpreta progresivamente la escasa normativa existente, se dictan leyes especiales, la doctrina se fija en este tema y, lo más importante, la jurisprudencia es cada vez más abundante.

Y la jurisprudencia va hacia la *objetivación*, en el sentido de que no se fija en la culpa (derivación directa del concepto de pecado que apa-



recía en la mentalidad medieval) sino en la causa. Se desplaza la culpa al nexo causal, la acción se cualifica por la culpa y ésta se sustituye por el riesgo. Se pueden advertir tres fases en la jurisprudencia, en su camino hacia la objetivación. Son las siguientes:

- Primera frase. Corresponde a la primera época en que se producían escasos supuestos en que naciera la obligación de reparar el daño. En esta época, el perjudicado, víctima del daño, sufría la carga de la prueba respecto a los elementos de aquella obligación, incluyendo la prueba de la culpa.
- Segunda fase. Corresponde a la década de los 40. Comienza una incipiente circulación de vehículos de motor y empiezan a producirse, con frecuencia, daños. A partir de la sentencia de 10 de julio de 1943 se entiende que el causante del daño es quien debe probar que lo ha causado sin culpa; en otro caso, se presume la concurrencia de ésta. Es la llamada inversión de la carga de la prueba.
- Tercera fase. Faltaba dar un paso más, entender inmersa la culpa en la acción causante del daño, pues de no haberla (a no ser que hubiera dolo) no se habría producido el daño. Corresponde a la década de los ochenta y la primera sentencia es de 14 de junio 1984, cuyo criterio es seguido por otras muchas.

Así, la jurisprudencia actual, conforme a la realidad social, ante cada caso que se le plantea, puede advertir que se ha probado la existencia de culpa, o bien, aplica la doctrina de la inversión de la carga de la prueba, pero en casos extremos en que no cabe ni lo uno ni lo otro, estima la objetivación de la responsabilidad y entiende que si se ha probado el nexo causal entre la acción u omisión y el daño, la culpa está inmersa, pues de no haberla no se habría producido daño alguno.

## **2. La responsabilidad civil médica**

Una primera distinción, conectada con la siguiente, debe hacerse respecto a la actividad médica, que puede generar responsabilidad civil: la *medicina curativa* y la *medicina preventiva*, llamada también *voluntaria*. La primera tiene por objeto la curación, o más precisamente, la actividad consistente en el tratamiento y atención al paciente. En la segunda su objetivo es la obtención de un concreto resultado y, esencialmente comprende la cirugía estética, la odontología y la vasectomía o ligadura de trompas.

Cuya distinción conecta, directamente con otra, jurídica pura. En la primera, la *obligación es de actividad* y en la segunda, *de resultado*.

La sentencia de **22 de abril de 1997**, relativa a un caso de eliminación de varices que produjo una cojera permanente e irreversible, hace esta distinción, reiterada por las de 27 de junio de 1997, 21 de julio de 1997 y 13 de diciembre de 1997:

*La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el llamado también cumplimiento defectuoso. El deudor de obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan sólo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento, tal como ha reiterado esta Sala en múltiples sentencias, como la de 29 de julio de 1994 que dice: una doctrina reiterada de esta Sala subordina a la previa acreditación de una clara negligencia por parte de quien presta tales servicios, calificados como originadores de una obligación de medios, independiente de los resultados que con ello se obtengan. Sin perjuicio, claro está, de que la falta de diligencia en la actividad se deduzca de la producción del daño, en relación de causalidad con la actividad del profesional médico.*

La *obligación de actividad* es la normal en la actividad médica. Este se obliga no a la curación (resultado), sino al tratamiento y atención al paciente (actividad). La responsabilidad aparece si con aquella actividad (acción u omisión) causa (con nexo causal) un daño (que se prueba) al paciente.

Dos casos sintomáticos. El primero se niega el nexo causal por el Tribunal Supremo casando la sentencia de instancia: sentencia 13 de abril 1999: una médico forense atiende a un detenido en el depósito

municipal que presenta un síndrome de abstinencia, una lesión en el bazo y dolor de garganta; le trata y aquella noche fallece; dice así: *Nexo causal entre la actuación de la médico forense, recurrente en casación, y el daño, que es la muerte del detenido: de los hechos que aparecen como acreditados en la sentencia de instancia, no se desprende ni así se declara que la causa de la muerte fuera la correcta actuación médica de aquélla; la causa de la muerte fue la “epiglotitis aguda”, evolución rápida y fulminante de una infección faríngea producida por bacterias; ningún acto de la médico-forense puede considerarse causa adecuada, como aquella apropiada para producir el daño, dándose la necesaria (adecuada) conexión entre la conducta (causa) y la consecuencia (daño); no hay acción u omisión alguna de la médico forense que pueda valorarse como causa adecuada de la muerte del detenido.*

El segundo caso, que se ha contenido en muy numerosas sentencias, es el resultado desproporcionado que acredita el nexo causal entre la acción y el daño. Dice así la sentencia de 31 de enero de 2003: *La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de esta Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 30 de enero de 2003, que dice ésta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la faute virtuelle (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción. Con lo cual, esta doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002: “el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.”*

La obligación de resultado tiene una proyección distinta en el tema de la responsabilidad. La obligación del médico se concreta en la obtención de un resultado y si no se obtiene o se produce mal, incurre en la obligación de reparar el daño causado. Esencialmente, como se ha apunta-

do anteriormente, son los casos que odontología, y cirugía estética y vasectomía o ligadura de trompas.

Sobre la odontología, la sentencia de 28 de junio de 1999 dice: *La relación jurídica de demandante y demandado deriva de contrato de paciente y médico, consistente en un tratamiento dental, intervención quirúrgica con anestesia general y colocación de prótesis; contrato que tiene la naturaleza de contrato de obra, que, como define el artículo 1544 en relación con el 1583 del Código civil es aquel por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto.*

*Si bien es cierto que la relación contractual entre médico y paciente deriva normalmente de contrato de prestación de servicios y el médico tiene la obligación de actividad (o de medios) de prestar sus servicios profesionales en orden a la salud del paciente, sin obligarse al resultado de curación que no siempre está dentro de sus posibilidades, hay casos en que se trata de obligación de resultado en que el médico se obliga a producir un resultado: son los casos, entre otros, de cirugía estética, vasectomía y odontología; este último supuesto lo recoge la sentencia de 7 de febrero de 1990, que, tras referirse al contrato habitual de prestación de servicios, añade: "...salvo en el caso de que la relación jurídica concertada sea reveladora de un contrato de ejecución de obra, como sucede en el caso, entre otros, de prótesis dentarias..." En relación con lo anterior, la obligación del médico en el caso presente, derivada de contrato de obra, era obtener el resultado de sanear ("rehabilitar" dice el dictamen pericial) la boca del paciente, demandante en la instancia y recurrente en casación. Y tal resultado no lo obtuvo, no cumplió la obligación –obligación del resultado– tal como se deduce del dictamen pericial, debidamente valorado y puesto en relación con la prueba de confesión.*

Sobre la cirugía estética, la sentencia de 28 de junio de 1997 estima la demanda en un caso de muerte tras una operación de *lifting*.

Y sobre la vasectomía, de la que se han dictado múltiples sentencias, la de 11 de febrero de 1997 no dio lugar a responsabilidad por no entender acreditada la paternidad: se practicó la vasectomía al marido y, pese a ello, su esposa quedó embarazada, pero no se probó, ni se intentó la prueba, que el marido fuera el padre y no se estimaron suficientes, para una condena a responsabilidad civil, el juego de las presunciones de paternidad matrimonial que establece el Código civil.

Ya en el tema de la responsabilidad hay que distinguir, como tercera distinción, la responsabilidad *contractual* (verdadera responsabilidad) de la responsabilidad (*rectius*, obligación de reparar el daño) *extracontractual*.

La contractual deriva del incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato de prestación de servicios o de obra celebrado con el médico o con el centro médico: hay que recordar que si se prueba la existencia de un daño derivado, con nexo causal, de la actividad médi-

ca, la culpa se presume (en aplicación del artículo 1183). Cuando se produce el incumplimiento de una obligación, se presume que lo ha sido por culpa del deudor. Si éste incumple totalmente o se cumple defectuosamente, se presume que es culposamente, pues la actuación humana se supone que es voluntaria. Y si el incumplimiento ha sido por caso fortuito o fuerza mayor, deberá probarlo el deudor, pues son hechos impositivos de su responsabilidad. Lo anterior se desprende de la norma del artículo 1.183 (*siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor, se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa y no por caso fortuito, salvo prueba en contrario y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1.096*) aunque sea directamente aplicable a las obligaciones de dar, pero, por interpretación extensiva, a las de hacer y no hacer.

La extracontractual carece de una norma de aplicación directa, pero el resultado es el mismo. Si se prueba que la actividad médica ha producido, con nexo causal, un daño, la culpa está inmersa en la acción causante de éste, tal como se ha dicho al tratar de la evolución jurisprudencial al compás de la realidad social.

En relación con la anterior se ha planteado la yuxtaposición de responsabilidades, contractual y extracontractual. Se ha mantenido por la jurisprudencia que el perjudicado tiene acción para reclamar la obligación de reparar el daño basándose en la primera o en la segunda. Así lo expresa la sentencia citada anteriormente del *lifting*, de 28 de junio de 1997 en cuyo caso se ejercitó acción de responsabilidad contractual y en la casación se alegó el artículo 1.902 del Código civil, lo que fue aceptado por el Tribunal Supremo. También la sentencia de 30 de diciembre de 1999 aplicó la prescripción de la responsabilidad contractual de quince años, pese a que la acción ejercitada era de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902. En todo caso, se entiende que el perjudicado plantea unos hechos y es el Tribunal el que aplica el derecho: *da mihi factum, dabo tibi ius* y también, *iura novit curia*.

Esta última sentencia trata explícitamente de la yuxtaposición de acciones y dice literalmente: *La respuesta casacional a este motivo toma en consideración la doctrina establecida por esta Sala acerca de la yuxtaposición de responsabilidades y del tratamiento procesal unitario de la pretensión fundada en culpa. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1997 no consideró ilógica, ni arbitraria, la interpretación que de la relación jurídica controvertida realizó la Sala de instancia, ni la calificación del negocio jurídico en supuestos de prestaciones de la Seguridad Social en los siguientes términos: “en puridad dogmática el presente es un supuesto de responsabilidad contractual, pues se da el doble requisito para así configurarla, la existencia de relación jurí-*

*dica preestablecida interpartes, sea propiamente contractual o análoga, como es la relación de derecho público similar a un contrato de Derecho privado, y la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo de un contenido negocial". Frente a la tesis del recurrente que mantenía que ninguna relación existía entre las partes, la sentencia admite la aplicación concurrente de las normas rectoras de ambas clases de responsabilidad e incluso de que el actor opte entre una y otra, con objeto de salvar la congruencia –así, sentencias del Tribunal Supremo de 18 de octubre de 1983, 19 de junio de 1984, 16 de diciembre de 1986, 7 de febrero de 1990 y 22 de febrero de 1991– y añade que en el caso presente se atiende a la libertad de elección ejercida por el sujeto destinatario de la libertad de la prestación del servicio dentro del marco legal de la obligada asistencia sanitaria, que incumbe a los centros concertados o no de la Seguridad Social, contrato que debe reputarse de adhesión por su contenido típico que viene determinado legal o reglamentariamente, en atención a la oferta pública que aquellos mantienen mas o menos restringida, dentro de sus posibilidades. Asimismo, expresa la meritada sentencia que “en la actualidad, desde luego, la doctrina científica, constata la insatisfacción de la teoría clásica de la fuente de las obligaciones y la necesidad de ensayar nuevas fórmulas y tanteos. En este orden se consideran, a propósito de los diferentes negocios jurídicos creadores de relaciones obligatorias, los que no nacen de una expresa declaración de voluntad de las partes sino del comportamiento o de los hechos concluyentes de una de ellas, a los cuales el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de obligaciones. Se habla así de relaciones contractuales de hecho o derivadas de una conducta social típica. Y continua diciendo, mas particularmente, en lo que concierne, a los temas de culpa, que cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible. Ya con anterioridad la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de octubre de 1992, había expresado: “No cabe duda que la relación existente entre una persona afiliada a la Seguridad Social y el Centro Hospitalario que, integrado en la misma, le presta asistencia médica, viene configurada como propiamente contractual, no obstante los matices y las peculiaridades que le caracterizan, por lo que es aplicable a la misma el artículo 1.258 y demás concordantes del Código civil”. Por todo ello debe acogerse el motivo, sin que proceda el examen de los demás, puesto que es necesario entrar en la instancia y en el fondo del asunto.*

La responsabilidad contractual se puede producir en el campo de la medicina privada. La obligación de reparar el daño fuera de la contratación (la llamada responsabilidad extracontractual) se produce en la medicina pública. Aunque una y otra se apoyan en los mismos princi-

pios, esencialmente la unidad de la culpa y en ambos nace la obligación de reparar el daño, si éste se ha producido, en nexo causal, por la actividad médica.

Sin embargo, es preciso destacar que esta actividad médica que ha causado un daño, no es generalmente imputable a un médico concreto, sino más bien a un centro médico. La inmensa mayoría de sentencias sobre este tema se refieren a centro médico y en la mayoría de los casos no se puede saber quién es el personal sanitario que puede haber producido causalmente el daño.

*La sentencia de 18 de marzo de 2004 recoge un caso sintomático: la infección producida en un centro médico y dice así: El caso que se plantea es, pues, de responsabilidad civil médica, en que a una persona joven (de 29 años) le es practicada una intervención quirúrgica, contrae una infección en la misma, una discitis que desemboca en un grado de minusvalía del 50%; las sentencias de instancia han partido del hecho anterior y han añadido, como hechos, la actuación médica correcta del cirujano y la asepsia adecuada del centro médico; pero la realidad de la discitis y la situación resultante de la paciente está ahí, no la tenía antes de la intervención quirúrgica y la sufrió tras ella, lo que es innegable y ningún dictamen pericial afirma, ni se dice en las sentencias de instancia, que no se contrajera en aquella intervención.*

Una cuestión más es la aplicación a la responsabilidad médica de la Ley de Consumidores y usuarios de 19 de julio de 1984 que establece un duro régimen de responsabilidad y el artículo 28 impone una obligación objetiva pura por el consumo de bienes o el uso de servicios en supuestos concretos, uno de los cuales son los *servicios sanitarios*.

Lo cual ha sido aplicado por la jurisprudencia, por primera vez en las sentencias que 1 y 21 de julio de 1997 y posteriormente, entre otras muchas, por las de 31 de enero de 2003 y la citada antes de 18 de marzo de 2004.

Hoy esta ley ha sido derogada y sustituida por el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo de 16 de noviembre de 2007.

### **3. El consentimiento informado**

A finales de la década de los cincuenta se había planteado en Estados Unidos la pregunta de si tienen los pacientes el derecho no sólo a saber que se propone el médico, sino también a decidir si una deter-



minada actuación médica le parece aceptable con sus ventajas y riesgos y las posibles alternativas.

Lo cual es un verdadero contraste con la concepción antigua de la actividad médica. Así, es citado un texto de HIPÓCRATES del siguiente tenor: *Haz todo esto con calma y orden, ocultando al enfermo, durante tu actuación, la mayoría de las cosas. Dale las órdenes oportunas con amabilidad y dulzura y distrae su atención; repréndele a veces estricta y severamente, pero otras, anímale con solicitud y amabilidad, sin mostrarles nada de lo que le va a pasar, ni de su estado actual; pues muchos acuden a otros médicos por causa de esa declaración, antes mencionada, del pronóstico sobre su presente y futuro.*

A partir de 1975 se promulgan en Estados Unidos leyes sobre el consentimiento informado, posteriormente en Europa y en España la Ley General de Sanidad de 1986 y hoy, la vigente Ley 41/2002, 14 de noviembre, con el largo título de *Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

El concepto lo da el artículo 3 en relación con el artículo 2, sus tres primeros apartados. Hay que observar que aunque la ley parece distinguir la información y el consentimiento, no hay tal distinción. El consentimiento presupone una información adecuada y ésta va destinada a la obtención o no del consentimiento; si no fuera así, no tendría sentido ni la una ni el otro ¿acaso se puede pensar en informar a un paciente si luego no va seguida de un consentimiento?, a la inversa ¿acaso puede darse el consentimiento si no ha ido precedido de una información?

El artículo 3 de la Ley define: *Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.* A su vez, el artículo 2 dice: *Principios básicos.* 1. *La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.* 2. *Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.* 3. *El paciente o usuario tiene derecho a decidir libre mente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.* 4. *Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito.*



De lo anterior se deduce que es un *deber profesional* del médico o personal sanitario y un *derecho del paciente*.

El artículo 4 proclama este derecho, que ya destacaba el artículo 2 y remacha el artículo 8.1: *Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. Y el artículo 8.1. añade: Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.*

Los *sujetos del consentimiento informado* -activo y pasivo- son el sujeto emisor y el sujeto receptor. El emisor es el médico o profesional de la medicina o del servicio sanitario en general o bien el propio centro médico a través del personal del mismo. El sujeto receptor es el paciente directamente, las personas vinculadas al mismo, incluso si es incapaz. Y se informará y recabará el consentimiento a su representante legal (por patria potestad o tutela) si no es capaz de tomar decisiones, si está incapacitado legalmente (artículos 199 y siguientes del Código civil) o si es menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención.

El artículo 5 dispone en aquel sentido: *1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita. 2. El paciente será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal; y el artículo 9 dispone en este sentido, de representación legal, que: 3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente. c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo,*

*los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente.*

El objeto del consentimiento informado es cualquier actuación en el ámbito de la salud (lo dice explícitamente el artículo 4.1) que sea verdadera, completa y comprensible y el consentimiento en deberá ser categórico, y habiendo la posibilidad de que éste lo dé anticipadamente en el documento que la ley (artículo 11.1) llama “de instrucciones previas” que puede ser amplio, pero no alcanza a lo que sea dado en llamar “testamento vital”.

El artículo 4.1 ha sido transcrito anteriormente. El artículo 4.2 completa lo anterior, con el siguiente tenor: *La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Y el artículo 11.1 añade: Por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

La forma del consentimiento informado puede ser verbal dejando constancia en la historia clínica (como dice el artículo 4.2) o escrita, pero será necesariamente por escrito (como exige el artículo 8.) en casos especialmente agresivos.

Así, dice el artículo 8.2: *El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.*

Como excepción, no se precisa el consentimiento informado (artículo 9.2) en los casos en que exista riesgo para la salud pública o riesgo inmediato para el paciente. Asimismo, cuando el paciente ha manifestado su voluntad de no ser informado (artículo 4.1)

Dice el artículo 9.2 que: *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 ries-*

go 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 con seguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

#### **4. Jurisprudencia sobre consentimiento informado**

Cuando se plantea el tema del *consentimientos informado* es preciso partir de tres ideas básicas:

- El consentimiento informado no excluye la responsabilidad médica (*rectius*, la obligación de reparar el daño causado) si concurren los presupuestos de la misma.
- La renuncia a futuras reclamaciones no excluye la responsabilidad médica.
- Sí excluye la responsabilidad el caso de que el paciente, perfectamente informado, asume el riesgo.

El consentimiento informado puede ser verbal e incorporado a la historia clínica; el problema puede ser el de la prueba.

Así, en este sentido, la sentencia de 29 de septiembre de 2005, recogiendo reiterada jurisprudencia, dice: *de acuerdo con reiterada doctrina de esta Sala la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor “ad probationem” (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de Julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de Noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que “al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”, como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos, pero que exige que sea el médico quién pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas,*

*con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención, como establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva LEC, que recoge estos criterios jurisprudenciales.*

Y añade la de 15 de noviembre de 2006 la ineficacia de los impresos, documentos tipo: *en ningún caso el consentimiento prestado mediante documentos impresos carentes de todo rasgo informativo adecuado sirve para conformar debida ni correcta información (SSTS 27 de abril 2001; 29 de mayo 2003). Son documentos ética y legalmente inválidos que se limitan a obtener la firma del paciente pues aun cuando pudieran proporcionarle alguna información, no es la que interesa y exige la norma como razonable para que conozca la trascendencia y alcance de su patología, la finalidad de la terapia propuesta, con los riesgos típicos del procedimiento, los que resultan de su estado y otras posibles alternativas terapéuticas. Es, en definitiva, una información básica y personalizada, en la que también el paciente adquiere una participación activa, para, en virtud de la misma, consentir o negar la intervención.*

Son dos casos especialmente interesantes que los que contempla la jurisprudencia en casos de vasectomía: es esencial la debida y completa información que el paciente debe consentir y cumplir y en caso de no hacerlo, no cabrá responsabilidad en el médico que le intervino e informó.

La sentencia de 7 de abril de 2004 plantea perfectamente el problema; dice: *el objeto de la presente contienda judicial está constituido por un caso de fallo de la operación de vasectomía, que devino en inoperante por producirse una recanalización de los conductos seminales, fracaso que puede producirse entre un 0'2 y un 1 por ciento. Y partiendo de dicha base, el núcleo de la cuestión se concreta en determinar si los doctores intervinientes cumplieron el deber de información establecido en el artículo 10-5 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, en el sentido de explicar el antedicho posible fracaso de dicha operación de vasectomía. En el caso, se estima la demanda porque no se prueba que se ha dado la información.*

La de 11 de mayo de 2001 habían desestimado la demanda por que el paciente no observó lo que se le había ordenado (cierta abstinencia sexual) al ser informado y dice así: *ese deber de información fue cumplido por el facultativo interviniente, ya que, tras haberse dado una adecuada información en el pre y post-operatorio a los interesados, no obstante, acaecieron las relaciones sexuales*

*impeditivas para el embarazo no deseado, por un acto deliberado y voluntario del esposo de la actora, lo cual determina que ante tal infracción de la prescripción profesional y el no actuar conforme a las elementales precauciones correspondientes al concreto acto médico relativas a la vasectomía practicada.*

La *falta de información* puede dar lugar por sí misma, a la responsabilidad. Es el caso de falta de información en el nacimiento de un niño con síndrome de Down. Puede ser que no se informe que el feto sufre tal síndrome o bien, lo que es peor, que se informe que no lo sufre.

Este último caso que es el supuesto que contempla la sentencia de 21 de diciembre de 2005, que, desde luego, estimó la demanda y dice así: *Donde está realmente el problema es en determinar si se advirtió a la Sra. de alguna posible anomalía en el feto diagnosticada en el periodo prenatal, como es el síndrome de Down, y si se proporcionó a los recurrentes la información adecuada una vez realizadas las pruebas, a que se refieren las infracciones normativas denunciadas en el quinto motivo para decidir en consecuencia (arts. 1.902 y 1.903 CC, en relación con los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad 14/86, de 25 de Abril). La sentencia parte en este sentido de la consideración equivocada de calificar la información como una obligación accesoria y de vincularla a la realización de las prueba médicas para obtener el diagnóstico prenatal y no a la posterior del resultado diagnóstico. El consentimiento informado constituye un presupuesto y elemento esencial de la lex artis (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003, entre otras) y como tal forma parte de toda actuación asistencial hallándose incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Siendo este uno de los derechos más importantes del paciente, en el caso del diagnóstico prenatal se traduce en la información que por parte de los profesionales que practicaron la prueba y del Centro Hospitalario se debe proporcionar a quien prestó su consentimiento y se sometió a ellas de todas las posibilidades efectivas de irregularidades o de riesgo para el feto.*

Es importante destacar que, con todas las precisiones y salvedades que se han hecho hasta ahora, la *falta de consentimiento informado* da lugar a la responsabilidad médica, tanto si se ha producido un daño, como si no o cuando éste daño no sea indemnizable.

De este último supuesto, es decir, responsabilidad por falta de consentimiento informado aunque no se haya producido daño o independientemente que éste sea indemnizable, forma parte de la sentencia 10 de mayo 2006 que dice, con todo detalle: *el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en la práctica de la intervención. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haberse*

*omitido la información previa al consentimiento, que si lo hubo para realizarla, así como de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar su autorización. La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (SSTS de 2 de octubre de 1997; 29 de mayo y 23 de julio de 2003; 21 de diciembre 2005, entre otras). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (SSTS 25 de abril de 1994; 2 de octubre de 1997 y 24 de mayo de 1999). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma.*

Del supuesto de falta de consentimiento informado a lo que se añade la producción de daño, se ocupa la sentencia de 23 de julio de 2003 que cita numerosas sentencias anteriores y expone: *el riesgo de la intervención se produjo con la rotura o perforación de los dos tímpanos, por lo que deviene indispensable ese deber de informar previamente de unos riesgos, como los que luego determinaron la patología del actor, derivada de su padecimiento a resultas de la perforación timpánica sufrida, siendo por tanto previsible su posterior acaecimiento y de ahí derivar asimismo la responsabilidad del profesional.*

Por último, el *onus probandi*: en la realidad práctica es un tema extraordinariamente importante. Si no consta fehacientemente ¿Quién sufre la carga de la prueba, el paciente o que el médico o centro médico? Es decir, si se prueba no hay problema; y el problema es cuando no se prueba ni que lo haya habido, ni que no lo haya habido. “El problema de la carga de la prueba que es el problema de la falta de la prueba”, es un adagio que proviene de la doctrina alemana: si falta la prueba, resuelve a quien se imputan las consecuencias de la falta de la misma. Y la jurisprudencia ha resuelto que se imputan al médico o al centro médico.

Ya lo decía la sentencia antes citada, en un caso de vasectomía, de 7 de abril de 2004 en estos términos: *ya la sentencia de 16 de octubre de 1998 mantiene paladinamente en su fundamento jurídico segundo, que la obligación de informar correspondía a los profesionales que practicaron la prueba y al Centro hospitalario. En el mismo sentido, la de 28 de diciembre de 1998, en su fundamento jurídico quinto la hace recaer sobre el profesional de la medicina, por ser*

*quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. Igualmente, la sentencia de 19 de abril de 1999, lo repite en su fundamento jurídico cuarto y, por último la de 7 de marzo de 2000, lo imputa al Servicio Nacional de la Salud, por dicha razón.*

*Asimismo, la de 17 de noviembre de 2005 reitera la anterior en estos términos: exige que sea el médico quién pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que, además, integran una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención, en la forma que establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998, 19 abril 1999, 7 marzo 2000; y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a partir de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva LEC, que recoge estos criterios jurisprudenciales.*