

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS. LA *LEX ARTIS*. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

Jesús Fernández Entralgo

Magistrado. Presidente de la Sección 17.^a de la Audiencia Provincial de Madrid

*La asistencia sanitaria que a los pacientes dan los profesionales sanitarios constituye un deber, regido por un contrato, que ha tenido una notable evolución en los últimos tiempos. La denominación *lex artis*, o pauta de actuación profesional sanitaria, se convierte en el rasero que determinará la responsabilidad civil o en su caso penal por actuaciones que atenten contra los derechos de los pacientes. Este estudio, tras analizar la evolución histórica de la relación médico-paciente, somete a riguroso examen la configuración jurídica de la relación que se establece entre ellos, diseccionado tanto sus elementos relevantes como su casualidad y límites.*

SUMARIO

1. UNA MEDICINA EN CAMBIO EN UNA SOCIEDAD EN CAMBIO.

1.1. INTRODUCCIÓN.

1.2. LA MEDICINA ACTUAL.

1.2.1. Tecnificación, masificación, despersonalización.

1.2.2. La necesidad de administrar medios escasos.

1.2.3. La *desacralización* del profesional sanitario.

1.2.4. El enfermo como sujeto de derechos.

1.2.5. Del «*principio de beneficencia*» (paternalismo médico) al «*principio de autodeterminación*» del enfermo.

1.2.6. La construcción del *concepto comunitario* del derecho a la salud y a la autodeterminación.

1.2.7. La exigencia del «*consentimiento informado*» del enfermo (o de quien deba sustituirlo) como fundamento justificativo de la «*intervención en el ámbito de la sanidad*».

1.2.7.1. El derecho de información sanitaria.

1.2.7.2. El derecho del paciente al respeto de su autonomía.

1.2.8. El incremento de la litigiosidad en el ámbito de la asistencia sanitaria.

1.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO EN EL CONTEXTO DE LA MEDICINA ACTUAL.

2. «DE RERUM NATURA». LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA.

2.1. El contrato de asistencia sanitaria.

2.2. Aplicación de la figura cuasicontractual de la gestión de negocios sin mandato.

2.3. El alcance del deber de asistencia sanitaria: ¿prestación *de medios* o prestación *de resultado*?

3. CUANDO LAS COSAS SALEN MAL. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL EJERCICIO DESCUIDADO DE UNA ACTIVIDAD SANITARIA.
 - 3.1. ALGUNAS IDEAS IMPORTANTES.
 - 3.1.1. Proclamación general: la imprudencia o el dolo son precisos para poder apreciar cualquier infracción penal.
 - 3.1.2. La estructura de la infracción culposa o imprudente.
 - 3.2. LA PRÁCTICA JUDICIAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PENAL.
4. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO LESIVO AL ACTO SANITARIO.
5. LA PAUTA DE ACTUACIÓN PROFESIONAL SANITARIA: LA DENOMINADA *LEX ARTIS AD HOC*.
6. DIVISIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL DEL TRABAJO SANITARIO.
 - 6.1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL TRABAJO SANITARIO.
 - 6.2. LA DIVISIÓN VERTICAL DEL TRABAJO SANITARIO.
7. LA PRUEBA.
8. BIBLIOGRAFÍA.

1. UNA MEDICINA EN CAMBIO EN UNA SOCIEDAD EN CAMBIO

1.1. INTRODUCCIÓN

Al prologar *La responsabilidad profesional del médico*, la obra de BENZO CANO, publicada en Madrid, en 1944, Gregorio MARAÑÓN escribía: «...La vida moderna va penetrando hasta en los sectores más inexpugnables de la psicología y de las costumbres hispánicas: una manifestación de esa penetración es el que comience a exigirse responsabilidades profesionales a nuestros médicos. Salvo casos excepcionales la exigencia de responsabilidades a un médico por perjuicios derivados de una asistencia incorrecta era, hasta no hace mucho, cosa de otros países. En España se apretaba mucho en el aspecto de la responsabilidad moral pero a nadie se le ocurría pedir cuentas al galeno porque su receta o su golpe de bisturí no hubieran estado inspirados en el acierto...».

El Magistrado MARTÍNEZ-PEREDA no duda en afirmar que la demanda de responsabilidad civil y la pretensión de condena penal de los profesionales de la asistencia sanitaria es algo relativamente reciente. Los especialistas ponían de relieve que eran muy altas las denominadas «cifra negra» (casos desconocidos) y «cifra oscura» (casos no aclarados), y a ello contribuían la utilización abusiva de la consideración (sin duda, en principio, cierta) de la Medicina como una Ciencia no exacta, la aceptación resignada de resultados fatales inevitables, y hasta las dificultades de prueba, a veces acrecentadas por un cierto corporativismo, o, si se prefiere más eufemísticamente, en palabras de ROMEO CASABONA, de un «espíritu indiscriminado de protección al colega» en el seno de la clase médica.

En el último cuarto del siglo xx, el desarrollo de la situación cambió patentemente de signo.

Jesús Fernández Entralgo

Ya en 1977, PENNEAU podía asegurar que «...la responsabilidad médica es actualmente el objeto de una evolución que inquieta al médico y conduce al jurista a reexaminar elementos de solución que parecían firmemente definidos...».

Basta examinar los índices de los repertorios jurisprudenciales para advertir el creciente número de casos de exigencia de responsabilidad penal y civil por actuaciones profesionales sanitarias, tanto a individuos como a entidades, públicas y privadas, para comprender hasta qué punto han cambiado los planteamientos iniciales.

Los progresos de la Ciencia Médica son patentes. Los diagnósticos son cada vez más fiables y los tratamientos, cada vez más eficaces. Sin embargo, la nueva tecnología y la masificación de la prestación de la asistencia sanitaria han dado lugar a nuevos peligros.

Por otra parte, como pone de relieve ROMEO CASABONA, la actividad médica se ha convertido en una realidad muy compleja e interdependiente. Todavía a principios de este siglo —apunta KORNPROBST— un cirujano era un obrero manual que operaba ayudado de un solo interno, y el médico de cabecera tenía mucho de amigo y de confidente. La relación entre médico y enfermo estaba traspasada de humanidad.

1.2. LA MEDICINA ACTUAL

1.2.1. *Tecnificación, masificación, despersonalización*

La Medicina —desde el último cuarto del siglo xx— es una Medicina altamente tecnificada, pero no menos altamente masificada y despersonalizada. La masificación (unida a la especialización que reclama la división del trabajo) atrajo —señala ULSENHEIMER— la despersonalización y la pérdida de la calidad humana en la relación entre médico y enfermo.

1.2.2. *La necesidad de administrar medios escasos*

Frente a una demanda creciente de asistencia sanitaria, los profesionales del sector se ven obligados a administrar medios escasos, en una Sociedad que,

sobre todo tras el desplome de los regímenes del llamado «socialismo real» parece haber echado por la borda el ideal del Estado «social» o «del bienestar».

El «*modelo de Manchester*» fue la respuesta frente a una situación de «*Medicina de campaña*» («*soapbox Medicine*»). Los médicos establecieron preferencias entre pacientes con criterios de supuesta «rentabilidad» del tratamiento, y de la inversión económica que representaba, sopesando su utilidad, a la vista tanto de las circunstancias objetivas (expectativas de alargamiento o de mejora de vida) como de las subjetivas, en función de la actitud de determinados pacientes que se declaraban incapaces de controlar hábitos (el tabaquismo es un ejemplo tópico) que habían causado la enfermedad.

Se rechazó lo que fue descalificado como «*fascismo médico*», y se preguntó si los médicos no estaban «*jugando a ser Dios*», como pudo leerse en un titular de la prensa de la época.

Esta presentación del problema tiene mucho de enmascaramiento de la realidad. Los médicos actuaron como lo hicieron a consecuencia de los recortes presupuestarios que condicionaban sus posibilidades de actuación. Abandonado el modelo del «Estado del bienestar», se vieron obligados a «administrar medios [y tiempo] escasos», trasladando a la Medicina una terminología generalizada en la bibliografía referida a los economistas de la denominada «*escuela de Chicago*» sobre el «*análisis económico del Derecho*».

Puede reprocharse a la clase profesional médica que se haya resignado sumisamente a las condiciones en que tiene que desarrollar su trabajo, pero los verdaderos responsables son quienes se encuentran en los centros de poder político y económico que establecen las preferencias entre reales o supuestas necesidades colectivas y las traducen en las respectivas dotaciones presupuestarias.

1.2.3. *La desacralización del profesional sanitario*

Los usuarios de los servicios asistenciales sanitarios tienen ahora una imagen desacralizada de sus profesionales.

Jesús Fernández Entralgo

Se advierte cierta desconfianza en la eficacia de la Medicina, que late en el fondo de lo que podría denominarse la «*huida a la magia*» (no se puede desconocer el auge del curanderismo) y a las técnicas curativas alternativas.

1.2.4. *El enfermo como sujeto de derechos*

Además los pacientes y sus familias han tomado conciencia de sus derechos, y algunos aspectos del juramento hipocrático han tenido que ser interpretados de nuevo en el marco de esta Medicina en cambio dentro de una cambiante Sociedad.

Tradicionalmente la vida, la integridad física, la salud (tanto física como psíquica) fueron consideradas —en sintonía con el pensamiento cristiano dominante en el mundo occidental— «*bienes de la personalidad*» intangibles incluso por su titular.

Durante siglos, explica Pelayo GONZÁLEZ-TORRE, la actividad del profesional sanitario —del que el médico es arquetipo— se rigió por el denominado *principio de beneficencia*. El médico se consideraba legitimado para actuar de acuerdo con la voluntad del enfermo, pero también sin su voluntad o incluso contra ella. Mediaba entre el enfermo y su enfermedad, y la voluntad de aquél quedaba oscurecida porque se presumía —sin posibilidad de prueba en contrario— que nadie quiere estar enfermo, y aceptará, por ello, de buen grado, cualquier acto encaminado a conseguir su curación o, cuando menos, el alivio de su dolencia o, en el peor de los casos, frenar un proceso de empeoramiento del estado actual.

Durante siglos rigió una interpretación del alcance del «*juramento hipocrático*» que condujo a una concepción paternalista de la relación entre médico y enfermo que legitimaba a éste a intervenir incluso contra la voluntad de aquél, si el primero estimaba que la falta de tratamiento sanitario suponía un grave peligro para la salud o la integridad del paciente.

Este «*imperialismo médico*» se justificaba en un código deontológico construido con base en la ideología de la clase médica dominante, como parte de su propia «*subcultura*», incluso si ya no coincidía con los valores mayoritariamente vigentes en la sociedad.

1.2.5. *Del «principio de beneficencia» (paternalismo médico) al «principio de autodeterminación» del enfermo*

A partir del comienzo del siglo XIX se inicia un movimiento de afirmación de la autonomía de la *persona enferma* que se enfrenta con la tradicional concepción *paternalista* de la figura del médico.

Ahora se admite que la persona enferma tiene un poder de autodeterminación que debe ser respetado por el médico, quien no puede imponerle tratamientos coactivos, por bienintencionados que sean. «...*La exigencia de la idea de autonomía —escribe Ángel PELAYO— se enfrenta al paternalismo del mundo médico argumentando por un lado que los efectos del paternalismo sobre el paciente no siempre son bien previstos por el médico [DOYAL] [...], y por otro, y sobre todo, sosteniendo que el paternalismo ignora la capacidad de los pacientes adultos y razonables para tomar sus propias decisiones, lo que supone una violación inaceptable del derecho fundamental de libertad de los individuos...*».

«...*Adherirse al principio de autonomía supone admitir formas de vida que no entendemos, que rechazamos o incluso que consideramos estúpidas...*», remata, invocando a NINO.

Así que, como pone de relieve GARZÓN VALDÉS, el paternalismo sólo podrá justificarse cuando cumple el imperativo empírico que exige la previa comprobación de la incompetencia del enfermo para decidir por sí mismo; y el ético normativo que demanda que la actuación paternalista supere o contribuya a superar los déficit producidos por esa incompetencia básica.

La persona enferma, como tal, ostenta unos derechos específicos (en realidad, manifestaciones de aquellos otros generales), que enumeró, primero, la Carta de 1984, y, luego, el fundamental artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Conviene tener en cuenta que, si bien los derechos proclamados por la Carta de 1984 operaban en el ámbito de los Hospitales del Instituto Nacional de la Salud, los consagrados por la Ley General de Sanidad se aplican tanto a las instituciones públicas como a los establecimientos sanitarios privados.

Jesús Fernández Entralgo

Además, a tenor de su artículo 10.15, los contemplados en sus apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11, entre los que figura el fundamental derecho al consentimiento informado, se extenderán también a los servicios sanitarios privados.

La Ley General de Sanidad supuso en su día «...*un notable avance...*», como se lee en la *Exposición de Motivos* de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La lectura del aludido preámbulo legislativo, justificativo de la oportunidad de la Ley, convence de que se ha producido una inflexión importante en la concreción del alcance del principio de autonomía, en busca de un equilibrio de intereses contrapuestos.

Ese principio responde a una muy extendida concepción de la vida, de la integridad corporal y de la salud (física y psíquica) como bienes, ciertamente excluidos del mercado, innegociables, pero sobre los que ese titular goza de un amplio margen de autodeterminación, que no es sino consecuencia del respeto de su dignidad como persona, proclamada por el artículo 10 de la vigente Constitución española.

1.2.6. La construcción del concepto comunitario del derecho a la salud y a la autodeterminación

El poder de disposición no es, sin embargo, absoluto. En la *Exposición de Motivos* antes citada se argumenta la necesidad de límites, invocando la sintonía que existe en el seno de la Unión Europea.

En ella se lee que, cuando la Directiva comunitaria 95/46, de 24 de octubre, reafirmó la defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos europeos, en especial de su intimidad relativa a la información relacionada con su salud, ya se apuntó «...*la presencia de otros intereses generales como los estudios epidemiológicos, las situaciones de riesgo grave para la salud de la colectividad, la investigación y los ensayos clínicos que, cuando estén incluidos en normas de rango de Ley, pueden justificar una excepción motivada a los derechos del paciente. Se manifiesta así una concepción comunitaria del derecho a la salud, en la que, junto al interés singular de cada individuo, como destinatario por excelencia de la información relativa a la salud, aparecen*

también otros agentes y bienes jurídicos referidos a la salud pública, que deben ser considerados, con la relevancia necesaria, en una sociedad democrática avanzada. En esta línea, el Consejo de Europa, en su Recomendación de 13 de febrero de 1997, relativa a la protección de los datos médicos, después de afirmar que deben recogerse y procesarse con el consentimiento del afectado, indica que la información puede restringirse si así lo dispone una Ley y constituye una medida necesaria por razones de interés general...».

La Ley 41/2002 pretende, como se confiesa en su preámbulo, actualizar, aclarar y completar la General de Sanidad. Su texto, sin embargo, abunda en conceptos jurídicamente indeterminados, exigencias de juicios de valor y remisiones a normas legales complementarias, existentes o por venir.

Para empezar, su artículo 2 contiene, como anticipa su epígrafe, un conjunto de principios básicos expuestos con criterios metodológicamente discutibles.

Así, en su primer apartado, refiere exclusivamente a la información y a la documentación clínicas los que, en realidad, deben informar la totalidad de la actividad sanitaria o, expresado en los propios términos legales (traspasados de falso tecnicismo), toda «intervención en el ámbito de la sanidad», a saber:

- a) la dignidad de la persona humana,
- b) el respeto a la autonomía de su voluntad y
- c) el respeto a su intimidad.

El segundo apartado consagra la necesidad de previo consentimiento informado de los pacientes o usuarios como presupuesto legitimador de cualquier acto sanitario que haya de realizarse sobre ellos.

En el artículo 3 (que contiene un elenco de definiciones legales) se define el consentimiento informado como «...*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...*».

En efecto, de acuerdo con el primer inciso del apartado 2 del artículo segundo, «...[toda] *actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios (...) que (...) se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley*».

Jesús Fernández Entralgo

Ese consentimiento, sin embargo, «...*debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada...*».

A continuación, se proclama el principio de libre decisión del enfermo, paciente o usuario.

La decisión puede tener un contenido positivo o negativo.

El usuario tiene derecho a elegir libremente alguna de «...*las opciones clínicas disponibles...*» (apartado 3); pero también, de acuerdo con el apartado 4, «...*tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley [empezando por el artículo 9.2 de la 41/2002, pero no sólo en él]...*».

El artículo 21 resuelve algunos problemas que planteaban los términos vagos en que está redactado el artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

De acuerdo con su apartado 9, el enfermo tiene derecho «...[a] *negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6, debiendo para ello solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente...*».

Se interpretó que sólo la negativa absoluta a cualquier tratamiento curativo obligaría, en principio, a interesar el alta voluntaria. BUENO ARÚS lo explicaba «...*por el carácter de «bienes escasos» que tienen los servicios sanitarios...*». GRACIA GUILLÉN interpretó que la negativa a recibir «...*un tratamiento específico no le priva del derecho a recibir la demás asistencia sanitaria y todos los otros tratamientos médicos (salvo el caso, quizá en que su negativa le coloque en grave peligro de muerte, ya que entonces la renuncia al tratamiento vendría a identificarse con la petición del alta voluntaria)...*», a menos que, pese a todo, pueda aún hacerse algo desde el punto de vista de los cuidados paliativos. En sentido semejante se pronunció BUENO ARÚS. ROMEO CASABONA interpretó igualmente que el alta voluntaria sólo procederá cuando el paciente rechace cualquier tratamiento alternativo propuesto por el médico.

Este entendimiento del problema se impone en el artículo 21 de la Ley 41/2002. A su tenor,

«...1. *En caso de no aceptar el tratamiento prescrito, se propondrá al paciente o usuario la firma del alta voluntaria. Si no la firmara, la dirección del*

centro sanitario, a propuesta del médico responsable, podrá disponer el alta forzosa en las condiciones reguladas por la Ley. El hecho de no aceptar el tratamiento prescrito no dará lugar al alta forzosa cuando existan tratamientos alternativos, aunque tengan carácter paliativo, siempre que los preste el centro sanitario y el paciente acepte recibirlos. Estas circunstancias quedarán debidamente documentadas.

2. En el caso de que el paciente no acepte el alta, la dirección del centro, previa comprobación del informe clínico correspondiente, oirá al paciente y, si persiste en su negativa, lo pondrá en conocimiento del juez para que confirme o revoque la decisión...».

Queda sin concretar cómo ha de proceder el órgano judicial —especialmente si (como parece constitucionalmente exigible) ha de dar audiencia al paciente— y, lo que no es menos importante, qué ha de hacerse cuando confirme la decisión del centro si aquél se encuentra internado en él. La idea de la ejecución de una suerte de «*desahucio sanitario*», con aplicación de una «compulsión sobre las personas», por trasplantar la terminología administrativa, puede suscitar explicables escrúpulos pero la eficacia de medidas coercitivas alternativas, incluida la exigencia de responsabilidades penales por desobediencia, puede resultar más que dudosa.

El apartado 5 establece que los pacientes o usuarios «...*tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria...*». Fácilmente se advierte que se trata de lo que en Teoría del Derecho se conoce como «norma imperfecta», puesto que constituye un «deber» sin concretar la sanción o responsabilidad en que se incurrirá en caso de incumplimiento.

En cualquier caso, el apartado 7 de este fundamental artículo 2 prescribe, en contrapartida, que la persona «...*que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida...*».

El apartado 6 contiene una norma de gran interés teórico y práctico: «...*Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente...*».

Jesús Fernández Entralgo

Se incluyen en una misma norma varios deberes distintos del profesional sanitario.

- a) Son presupuestos legitimadores de su actividad asistencial
 - a.1] informar adecuadamente al paciente para que éste, una vez recibida la información
 - a.2] adopte libre y voluntariamente su decisión, que el profesional ha de respetar.
- b) Ejecutar su actividad profesional (una vez consentida por el paciente) con corrección técnica de acuerdo con las circunstancias concretas del caso, que no es sino lo que se quiere significar con la expresión latina escolar «*lex artis ad hoc*».
- c) El deber de documentación clínica, entendiendo por ésta —como se define en el artículo 3— «...*el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial...*». El alcance de ese deber se desarrolla en diversos artículos de la Ley.

Resulta de gran interés teórico desconectar las normas de la correcta actividad técnica sanitaria de los presupuestos legitimadores de la intervención, especialmente a efectos de fijar las consecuencias de la inobservancia de las primeras y de la ausencia de los segundos.

Esta nueva perspectiva legal obliga a revisar la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo, expresada, por ejemplo, en sus Sentencias 83/1997, de 11 de febrero, y 830/1997, de 2 de octubre. En esta última se considera que «...*un elemento esencial de [...] [la] “lex artis ad hoc” o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo...*». Las normas de corrección técnica de la actividad sanitaria no agotarían, de acuerdo con la interpretación propuesta del nuevo texto legal, el contenido de las obligaciones del sanitario. El deber de proporcionar información y de obtener el consentimiento formarían parte del contenido del contrato de asistencia sanitaria, pero no de la denominada «*lex artis [ad hoc]*». Por eso, el artículo 11.3 desvincula al profesional sanitario de las instrucciones previas que sean contrarias a ella.

1.2.7. *La exigencia del «consentimiento informado» del enfermo (o de quien deba sustituirlo) como fundamento justificativo de la «intervención en el ámbito de la sanidad»*

El principio del consentimiento informado (sugerido ya incidentalmente en la sentencia del Tribunal Supremo federal de los Estados Unidos de América, al resolver el caso «*Schlendorff v. Society of New York Hospital*», en 1914, y consolidado en la del Tribunal Supremo del Estado de California, que, en 1957, decidió el «*Salgo v. Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*») fue reconocido en España por el artículo 10.6 y 9 de la Ley General de Sanidad.

A este respecto, la Sentencia 120/1990, de 27 de junio, del Tribunal Constitucional, a propósito de la legitimación y límites de la intervención médica forzosa, diferencia, al estilo de HOHFELD (tan bien aprovechado por PUIG BRUTAU), dos parejas de conceptos que no pueden confundirse.

De un lado, la que opone complementariamente los de «derecho» («right») y «deber» («duty»). La relación crediticia u obligacional (depende de la perspectiva) sería un ejemplo tópico. El interés del acreedor sólo se satisface mediante la realización de un determinado comportamiento por parte del deudor. Por eso, explica Díez-Picazo, el primero tiene el derecho de exigir («*Forderungsrecht*») una determinada prestación que el segundo tiene el deber de ejecutar («*Leitungspflicht*»).

La Constitución Española no reconoce un derecho de la persona a exigir de otra (física o jurídica) que le ayude a morir y menos aún que lleve a cabo directamente la muerte.

Su perspectiva es distinta. Partiendo de una Ética laica fundada en el contrato social, única legítima en el contexto de una sociedad plural democrática, toda persona tiene sobre su vida un poder de autodeterminación, equivalente al dominical.

Siguiendo con HOHFELD, ese poder está estructurado como un «privilegio» («*privilege*»), esto es, como una libertad de actuación, que no se corresponde con un deber de prestación colaboradora complementaria de una persona concreta, sino de una «falta de derecho» («*no right*») de cualquiera a interferir en aquella situación de libre poder de actuación.

Jesús Fernández Entralgo

Por eso, el Tribunal Constitucional admite que, aun si la Constitución no reconoce un derecho a la propia muerte, la decisión de arrostrarla es manifestación de libertad genérica, de manera que la decisión de quien asume el riesgo de morir, en un acto de voluntad que sólo a él afecta, ha de ser respetada, por lo que podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad (fundamento jurídico 7.º); y cuando el tratamiento impuesto no haga sino prolongar el sufrimiento del enfermo, sin lograr pese a ello evitar la muerte (el denominado gráficamente «*encarnizamiento terapéutico*»), se incurriría en una forma de trato inhumano o degradante, proscrito por el artículo 15 de la vigente Constitución Española (fundamento jurídico 9.º).

Ciertamente, el Tribunal Supremo traicionó luego sus propios planteamientos teóricos, asustado por las consecuencias que pudiera tener el reconocimiento de la libertad de dejarse morir de hambre testimonialmente como mecanismo de presión política. Para ello tergiversó patentemente el alcance de los poderes del Estado para cumplir su deber de protección de la vida y de la salud de los que se encontraban en la «*situación de sujeción especial*» de internos en un establecimiento penitenciario.

El criterio general de la calendada Sentencia del Tribunal Constitucional supuso, pese a ello, un cambio radical frente el mantenido por el Auto 369/1984, de 20 de junio, de la Sección Segunda de su Sala Primera¹.

La tradicional preparación psicológica del personal sanitario para la preservación de la vida con el mayor grado posible de calidad (incluso contra la voluntad del enfermo), apoyada en un cierto entendimiento del denominado *juramento hipocrático*, explica su reacción hostil frente a la destrucción de la vida humana en desarrollo (interrupción del embarazo) o a poner fin a la que se extingue irremisiblemente (eutanasia), así como a contemplar impasible que una persona se ponga en grave peligro de morir o de sufrir un grave daño en su integridad física o en su salud (huelgas de hambre y negativa a tra-

1. En dicha resolución no se admitió a trámite una demanda de amparo presentada contra el Auto de 22 de diciembre de 1983, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, ratificado por el de 25 de los mismos mes y año, que, a su vez, no admitía a trámite la querrela interpuesta contra un Juez de Instrucción, quien había ordenado una transfusión coactiva de sangre a una mujer, testigo de Jehová, la cual presentaba diversos problemas hemorrágicos derivados de un parto previo. Practicadas las transfusiones, pese a la oposición de la mujer y de su esposo, la primera falleció cuatro días después, sospechando su familia que el fallecimiento se había debido a que la sangre transfundida era de tipo incompatible con la de la paciente.

tamientos vitales). El equilibrio de los intereses en juego (ese «*balancing approach*», tan provechosamente utilizado por la jurisprudencia norteamericana) impone el respeto de la determinación seria, madura, consciente y libre del enfermo, del resistente, de la gestante; pero también el respeto de la conciencia no menos seria y madura de quien siente que cooperar en actos como los enumerados contradice sus convicciones más íntimas.

La Ley 41/2002 distingue los dos planos del derecho a la información y del derecho del paciente al respeto de su autonomía.

1.2.7.1. El derecho de información sanitaria

Su artículo 4 se ocupa, como reza su epígrafe, del derecho a la información asistencial.

El derecho tiene dos vertientes, recogidas en los tres primeros incisos de su apartado 1.

a) Perspectiva positiva del derecho:

a.1] Regla general: «...*Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma,*

a.2] Excepción: *salvando los supuestos exceptuados por la Ley...*»

b) Perspectiva negativa: «...*Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada...*».

El último inciso explica la forma y contenido de la información:

a) Forma: «...*La información, (...) como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica...*».

b) Contenido: «...*La información (...) comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias...*».

La Ley no aclara el alcance de la información sobre los riesgos y consecuencias de la intervención, dejando irresuelto uno de los problemas más candentes en esta materia².

Jesús Fernández Entralgo

Así ocurre con la 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León. Su artículo 34, al desarrollar el contenido del documento de consentimiento informado, incluye la identificación y descripción de las «...consecuencias relevantes o de importancia que deriven con seguridad de su realización y de su no realización, riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención...». El uso de la calificación de «probables» y la referencia a las «condiciones normales» pudieran ser interpretados como una suavización del rigor del alcance de la información a una posibilidad de grado medio, pero este entendimiento de la norma puede ser razonablemente discutido.

El apartado 2 del artículo 17 de la Ley 41/2003 añade: «...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...».

«...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...». Así lo dispone el artículo 5.1.

La inferencia del consentimiento tácito del paciente a que el médico proporcione información a las personas vinculadas a aquél por razones familiares o de hecho obligan al profesional a un juicio de valor que debiera razonarse en la historia clínica del mismo modo que el ejercicio del denominado «privilegio terapéutico», desarrollado en el apartado 4.

Con arreglo al apartado 2, el paciente «...será informado, incluso en caso de incapacidad [por minoría de edad o por cualquier otra causa], de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de infor-

2. Leyes de algunas Comunidades Autónomas se extienden sobre este extremo.

Así ocurre con la 8/2003, de 8 de abril, de Castilla y León. Su artículo 34, al desarrollar el contenido del documento de consentimiento informado, incluye la identificación y descripción de las «...consecuencias relevantes o de importancia que deriven con seguridad de su realización y de su no realización, riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente y riesgos probables en condiciones normales conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención...». El uso de la calificación de «probables» y la referencia a las «condiciones normales» pudieran ser interpretados como una suavización del rigor del alcance de la información a una posibilidad de grado medio, pero este entendimiento de la norma puede ser razonablemente discutido.

mar también a su representante legal...»; sin embargo, «...[cuando] el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho...». Lo dispone así, muy sensatamente, el apartado 3.

Nótese que, hasta ahora, la regulación legal se mueve en el ámbito de la información, como presupuesto de la validez del consentimiento posterior.

El apartado 4 contiene una norma importantísima sobre una materia que provocó serias dudas dado el silencio de la Ley General de Sanidad. Se trata del denominado «*privilegio terapéutico*» del médico.

Se basa en el denominado *principio de asistencia (Fürsorgenprinzip)* estrechamente relacionado con el estado de necesidad (ROMEO, JORGE). En tales casos —explica JORGE BARREIRO, siguiendo a GRÜNEWALD— «...se trata de una valoración referida a una situación conflictiva entre el derecho de autodeterminación del paciente, que está conectado a la problemática del deber de información del médico, y el interés de proteger la salud o la vida del enfermo...».

Por eso, el apartado 4 utiliza una terminología más respetuosa con el principio de autonomía. El médico no ejerce *privilegio* alguno, sino que valora el conflicto de intereses en juego. Se trata de un caso de «estado de necesidad» por «colisión de deberes». Así lo trata la norma invocada: «...*El derecho a la información sanitaria de los pacientes puede limitarse por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica. Se entenderá por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave. Llegado este caso, el médico dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho...».*

1.2.7.2. El derecho del paciente al respeto de su autonomía

El artículo 8 de la Ley 41/2002 regula la necesidad de consentimiento (informado) del paciente como condición de legitimidad de cualquier acto sanitario, como expresión máxima de la autonomía de aquél.

Jesús Fernández Entralgo

El apartado primero proclama el principio general: «...1. *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 art. 4, haya valorado las opciones propias del caso...*».

La autonomía del paciente se mantiene durante todo el proceso de su asistencia sanitaria, por eso «...*puede revocar libremente por escrito [frente a la regla general de la oralidad de su prestación] su consentimiento en cualquier momento...*», como establece el apartado 5 del artículo 8.

El artículo 9 fija los límites de la exigencia del consentimiento informado y la posibilidad del consentimiento «por representación».

La redacción del primer inciso del apartado 1 es patentemente errónea. Literalmente establece: «...1. *La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención...*».

En realidad, habrá que interpretar que el apartado se desglosa en dos partes:

- a) La enunciación de los límites del derecho del paciente a prestar su consentimiento informado como condición de legitimidad de cualquier intervención sanitaria: «...*El derecho del paciente a recibir información y a prestar su consentimiento a toda intervención sanitaria está limitado por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso...*».
- b) En el inciso segundo se consagra la necesidad de obtener el consentimiento también cuando el paciente ha renunciado expresamente a recibir información: «...*Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención...*».

En el apartado segundo se desarrollan las excepciones al principio de exigencia de consentimiento previo del paciente. Obsérvese que, en cualquier caso, la intervención ha de ser indispensable en favor de la salud del paciente.

«...2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él...».

Este segundo supuesto desemboca en un caso de prestación del consentimiento «por representación», sea en virtud de un estado anterior de minoría de edad o de incapacitación del paciente, sea por una representación legal específica para este caso concreto ante la imposibilidad de que aquél exprese su voluntad.

Se desarrolla en los apartados 3 al 5, ambos inclusive³.

No puede pasar inadvertida la diferenciación legal entre dos etapas distintas dentro de la fase que se ha dado en denominar de «*minoría de edad madura*».

Antes de la Ley 41/2002, estaba claro que la representación legal inherente a la patria potestad no se extiende a «...[los] *actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo...*» (artículo 162.11 del Código Civil); exclusión mayormente extensible al caso de tutela (artículo 267 del mismo Código Civil).

3. «...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.

Jesús Fernández Entralgo

La madurez a la que alude el artículo 162 implica la capacidad de comprender las consecuencias de su decisión: el alcance de la intervención sobre su integridad corporal o sobre su salud (en los ámbitos físico y psíquico) y sus eventuales repercusiones sobre su vida futura. En definitiva, pues, esa madurez será mayor o menor de acuerdo con la intensidad de la repercusión de la intervención médica.

El juicio sobre la capacidad de consentir ha de hacerlo el médico requerido. Si cree que la tiene el «*joven paciente*» (en expresión de ROMEO CASABONA), no sólo no necesitará sino que ni siquiera podrá reclamar la intervención complementaria de su representante legal; y la oposición de éste será irrelevante (JORGE BARREIRO, siguiendo la opinión de BOCKELMANN). Este criterio permite resolver los problemas planteados por la negativa de un padre o representante legal a un tratamiento demandado por un joven con capacidad de discernimiento, invocando objeciones de pura ideología personal, respetables, en cambio, cuando decide sobre sí mismo (COBREROS MENDAZONA, JORGE BARREIRO).

Ahora la situación es más compleja:

- a) En el caso de un menor que no ha cumplido doce años, la ley presupone su inmadurez, sin posibilidad de prueba en contrario, por lo que el consentimiento habrá de ser prestado por su representante legal.
- b) Si cumplió los doce años, se escuchará siempre su opinión, y el facultativo valorará si es capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En caso afirmativo, respetará la decisión del menor. Cuando considere que el menor carece de madurez, el consentimiento lo dará su representante legal.
- c) Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Deberá respetarse su voluntad, salvo que —como ocurre con los mayores de edad— el médico responsable de la

4. *La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación.*

5. *La prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal. El paciente participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario...».*

asistencia aprecie que el paciente no es capaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. En tal caso, cabrá la prestación del consentimiento por representante legal.

Como excepción a la regla anterior, «...en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente...». Esta disposición es equívoca, dando la impresión de que, en tales casos, la situación se equipara a aquélla en que el paciente ha cumplido los doce años sin haber llegado a los dieciséis.

Ha de tenerse en cuenta, en fin, lo establecido por el artículo 11 de la Ley 41/2002 a propósito de las instrucciones previas⁴.

1.2.8. El incremento de la litigiosidad en el ámbito de la asistencia sanitaria

La sensibilización de los usuarios de los sistemas sanitarios —y de las familias de aquéllos— como personas con derechos puede degenerar en quejas injustas y demandas desproporcionadas, en ocasiones atizadas por informaciones incompletas o sesgadas de los medios de comunicación, servidas por profesionales que carecen de los mínimos conocimientos de la realidad del mundo

4. «...1. 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 expresarlas 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.

2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.

3. No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «ex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.

5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se registrará por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud...».

Jesús Fernández Entralgo

de la Medicina; y no cabe desconocer la influencia de tantos «...*abogados especialistas en la materia sanitaria, que —escribe Agustín JORGE BARREIRO— impulsan y motivan a los enfermos o a sus familiares [aprovechando lo que pueden ser verdaderas neurosis de renta] para acudir ante los Tribunales de justicia ante cualquier adversidad que se produzca como consecuencia del ejercicio de la actividad profesional desarrollada por el médico...».*

Si a lo anterior se añade la progresiva conciencia de que el supuesto corporativismo médico no impide probar cumplidamente, mediante informes periciales, la imprudencia de un profesional sanitario, se comprenderá mejor la creciente judicialización de los conflictos de este sector.

Las denuncias de imprudencias sanitarias se canalizan tanto a través de la vía judicial como de los medios de comunicación. A través de Internet se ofrecen servicios de asesoramiento jurídico a las víctimas de actuaciones sanitarias negligentes y casi se les provoca a acudir al *aparato* judicial.

En ocasiones carecen de base real. Son producto del dolor, de la frustración. SILVA SÁNCHEZ enfatiza la tendencia que ha pasado de la resignación ante el infortunio a la búsqueda a ultranza de un culpable sobre el que descargar aquellos sentimientos. A veces el informador no posee los conocimientos mínimos sobre la materia que trata. En fin, no faltan quienes persiguen a toda costa un lucro, tal vez para verse compensados, en cierto modo, de su desgracia.

A la multiplicación de querellas y demandas de resarcimiento puede seguir no una mejora de la calidad de las prestaciones, sino la adopción de una actitud defensiva que, a la larga, puede repercutir en contra de los intereses de los pacientes⁵.

5. Buen ejemplo de estos impensados efectos indirectos lo proporciona la decisión del caso *Tarasoff v. Board of Regents of the University of California*, por una Sentencia de 1976, del Tribunal Supremo de California. Un paciente amenazó al psiquiatra que lo trataba con dar muerte a Tatiana Tarasoff. El médico lo puso en conocimiento de la Policía, la cual detuvo y posteriormente dejó en libertad al amenazador, quien, dos meses más tarde, cumplió su siniestro aviso. La familia de la víctima reclamó contra el facultativo y contra su empleador. El Tribunal Supremo de California entendió que una vez que un médico tiene claro que su paciente ofrece un serio peligro de agredir a otra persona, asume la obligación de observar un *razonable cuidado* (*reasonable care*) para prevenir a la posible víctima frente a tal peligro. El cumplimiento de ese deber puede exigir de él que dé aviso a la posible víctima.

El efecto de esta doctrina fue paradójico. Explica BRENNAN que, más que a la seguridad de las personas eventualmente amenazadas, contribuyó a que los psiquiatras rechazasen a los pacientes tenidos por peligrosos.

Los profesionales sanitarios se sienten tratados injustamente

Los profesionales se sienten tratados injustamente. Daniel M. FOX ha puesto de relieve las distintas perspectivas que médicos y juristas tienen del margen de riesgo admisible. «...*Para los médicos — escribe a este respecto— el riesgo es inherente a todas las actividades, incluyendo las médicas. Su preocupación primordial es el riesgo relativo; o sea, el equilibrio del riesgo y el beneficio teniendo presente lo mejor para los intereses de los pacientes o, en los casos de medio ambiente, de la gente que entra en contacto con sustancias tóxicas. Los médicos han acusado, a menudo, a los juristas ... de invocar, en favor de sus clientes, conceptos de riesgo sostenidos por los miembros más asustados o menos informados del público lego. Precisamente porque los médicos cumplen generalmente las leyes —argumentan muchos de ellos— los juristas tienen la obligación de insistir en que, puesto que los riesgos son inherentes a la vida, siempre deben compararse con otros riesgos, y no referirse a un imposible ideal de seguridad absoluta...».*

La litigiosidad de los enfermos y de sus familias genera, a su vez, como consecuencia indirecta o refleja, una litigiosidad reactiva.

Algunos profesionales, absueltos de acusaciones penales o de demandas de responsabilidad civil, han pasado a la ofensiva y ya han obtenido algún éxito, consiguiendo la estimación de demandas por atentado contra su honor profesional⁶.

6. La Sentencia de 18 de noviembre de 1992, de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en lo sucesivo, abreviadamente, TS-1), no dudó en admitir que “...*el ataque a la esfera profesional, que puede originar en ocasiones únicamente una acción civil extracontractual basada en el artículo 1902 del Código Civil, en otros muchos casos es de tal intensidad que, además, integra una transgresión al honor de la persona afectada; y así ocurrió en el caso debatido, al acusar de haber cometido una infracción delictiva (imprudencia temeraria o profesional) al demandante, acusación publicada en la prensa y hecha pública, por lo tanto; circunstancia que irrumpe en el normal desenvolvimiento y la tranquilidad de su titular en el supuesto en que la publicación no está permitida por la Ley y afecta, en definitiva, a un profesional particular, aunque no se refiera a hechos secretos, sean o no ciertos (imputación a un médico de haber tenido una torpe intervención en un parto con muerte de la criatura). Tal criterio ha seguido el Tribunal Constitucional en Sentencia de 30 de marzo de 1992, donde distingue, desde la perspectiva de la protección constitucional, el honor de la persona y su prestigio profesional, fáciles de deslindar en los casos de la vida real; sin que sea posible confundir, sin embargo, lo que constituye simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de su actividad con el atentado o lesión a su honorabilidad personal. Dándose un ataque al honor cuando los hechos difundidos excedan de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que se hace su divulgación le hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona...”.*

1.3. LA RESPONSABILIDAD DEL PROFESIONAL SANITARIO EN EL CONTEXTO DE LA MEDICINA ACTUAL

La nueva asistencia sanitaria obligó a replantear los criterios de depuración de eventuales responsabilidades en caso de producción de un resultado lesivo para la vida, la integridad, la salud —física o psíquica— de una persona.

En Alemania, hace más de cincuenta años —con EXNER y Eberhard SCHMIDT—, se inició la preocupación por delimitar las responsabilidades en el caso de intervención, simultánea o sucesiva, de una pluralidad de profesionales sanitarios. Ahora, STRATENWERTH, WILHELM y KAMPS, entre otros, seguidos de cerca en España por Agustín JORGE BARREIRO y ROMEO CASABONA, cuyas opiniones comparten fundamentalmente GÓMEZ PAVÓN y CARRASCO GÓMEZ, ponen de relieve que la Medicina actual se rige por el «*principio de la división del trabajo*» («*Arbeitsteilung*»), horizontal o vertical. Se ha convertido en una actividad interdisciplinar, compartida por especialistas de muy distintas materias, que se sirven de un material altamente sofisticado. Ninguno controla la actividad en su totalidad, y trabaja bajo el «*principio de confianza*» («*Vertrauensgrundsatz*») en la normalidad y corrección del cometido encomendado a los demás.

Esto ha provocado un replanteamiento del tratamiento jurídico de la exigencia de la responsabilidad respectiva, porque la perspectiva tradicional parte tópicamente del análisis de un comportamiento individual perfectamente concretado. Es preciso dar una respuesta adecuada a la realidad de la Medicina de hoy para evitar —advierte HINDERER— tanto que se diluyan las responsabilidades como que se exaspere insoportablemente el deber de vigilancia y control del jefe del equipo.

2. «DE RERUM NATURA». LA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA

2.1. EL CONTRATO DE ASISTENCIA SANITARIA

Durante siglos, la asistencia sanitaria a los enfermos se dispensó, a iniciativa de éstos (y, a veces, sin su voluntad o contra ella), bien porque lo de-

mandasen de un profesional concreto y determinado, bien porque lo requiriesen de alguna entidad pública o privada entre cuyos fines figurase la prestación de una atención de aquella naturaleza.

En este segundo caso, esa organización se encargaba de procurar los medios materiales precisos para la eficaz realización de la actividad prestacional y de contratar los servicios de los profesionales que habían de desarrollarla. El paciente, en tal caso, no elegía al profesional que había de atenderlo, pudiendo hacerlo aquél de los concertados con la entidad, a quien correspondiese de acuerdo con el plan de división interna del trabajo adoptado por aquélla.

Tradicionalmente, la relación personalizada entre el enfermo y el profesional sanitario —típicamente, el médico— se calificó como contractual, y, más específicamente, en un principio, como contrato de mandato; para posteriormente imponerse —no sólo en la bibliografía actual especializada, jurídica (MARTÍNEZ-CALCERRADA, ROMEO CASABONA, FERNÁNDEZ COSTALES, PARRA LUCÁN) y médica (CARRASCO GÓMEZ), sino en la doctrina jurisprudencial más reciente)— de arrendamiento de servicios; sin olvidar, en fin, las tentativas de configurarlo como un negocio atípico, construido sobre una base que combina reglas propias de cada uno de aquéllos.

Cuando la atención sanitaria se prestaba en el marco de una organización asistencial, ésta la contrataba con los profesionales que habían de dispensarla, los cuales asumían un deber de realización de su actividad en beneficio de los enfermos legitimados para demandarla, respondiendo a las características propias de un contrato en favor de tercero, partiendo de lo dispuesto por el artículo 1257.2 del Código Civil (SANTOS BRIZ, FERNÁNDEZ COSTALES, PARRA LUCÁN, MARTÍNEZ-CALCERRADA, CARRASCO GÓMEZ).

La mera demanda de prestación del servicio por el tercero legitimado ha de interpretarse como acto concluyente de aceptación de la eficacia de la cláusula pactada en beneficio de aquél.

MARTÍNEZ-CALCERRADA enumera las siguientes características definitorias del denominado «contrato de atención médica»:

«...1.º Ante todo, [es] un contrato «intuitu personæ», es decir, acto de confianza sobre todo desde la perspectiva del enfermo que elige el médico...»

Jesús Fernández Entralgo

2.^º (...) [Este] *contrato es rescindible a instancia de cualquiera de las partes, pero el médico no podrá apartarse cuando ello suponga un abandono que haga peligrar la salud del paciente.*

3.^º *No está sometido a forma alguna, salvo en supuestos excepcionales en que, por las circunstancias de la intervención facultativa, se exige un consentimiento escrito. Por ejemplo, en supuesto de trasplante de órganos (Ley de 27 de octubre de 1979).*

4.^º *Caracteres ya comunes a otros contratos, y que también reúne el existente entre el médico y el enfermo, es ser un contrato de tracto sucesivo, salvo en casos en que merezca el calificativo de contrato de ejecución de obra; ser contrato bilateral y a la vez oneroso, (...) pudiendo revestir la retribución del médico diversas formas (...) y por tanto, proceder de una forma directa o indirecta del asistido...».*

La prestación de asistencia sanitaria en el marco de un establecimiento especializado complica la sencillez de la relación contractual entre médico y enfermo.

Surge, entonces, un contexto de lo que se conoce como *contrato de servicios hospitalarios*, o *contrato de clínica*, que — como escribe PARRA LUCÁN, siguiendo a SANTOS BRIZ y a FERNÁNDEZ COSTALES— «...puede estar constituido por dos tipos de prestaciones: la prestación del acto médico en toda su amplitud de diagnóstico y tratamiento y la prestación hotelera u otras prestaciones accesorias al tratamiento médico propiamente dicho...»⁷.

7. De él se ocupó la Sentencia (TS-1) de 11 de noviembre de 1991, que enseña que el «...llamado por la doctrina *contrato de clínica* o *contrato de hospitalización* (concertado directamente por el paciente con una Clínica privada, sin mediación de la Seguridad Social, ni de ningún otro contrato de seguro, como es el caso que nos ocupa), carente de regulación legal, aparece como un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pues comprendiendo en todo caso (cualquiera que sea su modalidad) los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos (...), puede abarcar o no los actos pura y estrictamente médicos, según que, respectivamente el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica) o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento...».

2.2. APLICACIÓN DE LA FIGURA CUASICONTRACTUAL DE LA GESTIÓN DE NEGOCIOS SIN MANDATO

Hay ocasiones en que la combinación de la urgencia de la necesidad de atención sanitaria y la incapacidad del enfermo, imposible de sustituir a corto plazo por la intervención de familiares o allegados (factores tenidos en cuenta por el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad a la hora de excepcionar la regla general de exigencia de consentimiento de unos u otros), dan lugar a que se preste la asistencia sin un acuerdo previo de parte alguna legitimada con el personal que va a llevarla a cabo. Su legitimación deriva directamente de una habilitación legal, basada no en un consentimiento presunto concreto, que es imposible inferir con la necesaria certidumbre (Sentencia TS-1 de 9 de abril de 1957), sino en una máxima de experiencia vulgar, que enseña que cualquier persona está interesada en que se le proporcione auxilio cuando se encuentra lesionada o enferma.

La ausencia de convenio expreso o tácito desplaza el tratamiento del caso —a juicio de MARTÍNEZ-CALCERRADA— a la órbita de la figura del cuasi contrato de gestión de negocios ajenos.

2.3. EL ALCANCE DEL DEBER DE ASISTENCIA SANITARIA: ¿PRESTACIÓN DE MEDIOS O PRESTACIÓN DE RESULTADO?

La prestación debida por el médico viene siendo concebida como *de medios*, y no *de resultado* (de acuerdo con una terminología generalizada en la bibliografía especializada), y así lo entiende una consolidada doctrina jurisprudencial de la que se hace eco la Sentencia 1207/98, de 28 de diciembre de 1998, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, que recuerda que la jurisprudencia de esa Sala «...tiene reiteradamente declarado que la obligación del profesional sanitario no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultados, sino una obligación de medios, estando obligado solamente a proporcionar al enfermo todos los cuidados que éste requiera, según el estado de la ciencia y la denominada “lex artis ad hoc”. En la conducta de los profesionales de la medicina queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más

Jesús Fernández Entralgo

o menos objetiva, no operando en estos casos la inversión de la carga de la prueba, admitida para otros supuestos; corriendo finalmente a cargo del demandante la carga de la prueba de la existencia de culpa, así como el de la relación o nexo causal entre ésta y el resultado dañoso...».

Sin embargo, hay modalidades asistenciales que no se acomodan a esta calificación.

La Sentencia (TS-1) 83/1997, de 11 de febrero de 1997, se enfrenta con un caso que se repite en la casuística reciente: un fallo de una vasectomía.

La primera cuestión jurídica a precisar es, para el tribunal casacional, «...*si nos hallamos en presencia de un contrato que impone sólo obligaciones mediales o de una relación contractual que reclama un resultado concreto, en este caso, la esterilización el sujeto que voluntariamente concierta dicha intervención. Al efecto conviene tener en cuenta que ya esta Sala por S. 25 abril 1994 se pronunció distinguiendo en un caso semejante de operación de vasectomía, la naturaleza de las obligaciones que comporta la actuación médica o médico quirúrgica, cuando se trata de curar o mejorar a un paciente de aquella otra en la que se acude al profesional para obtener, en condiciones de normalidad de salud, algún resultado que voluntariamente quiere conseguir. Mantiene, en este orden, refiriéndose al primer aspecto, que, a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica —insuficientes para la curación de determinadas enfermedades—, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual, (lo que hace que algunos de ellos, aun resultando eficaces para la generalidad de los pacientes, puedan no serlo para otros) impide reputar el aludido contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado —el de la curación del paciente— que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente, atribuyéndole, por tanto, y cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una llamada obligación de medios. Resumidamente esta obligación de medios comprende:*

- a) *La utilización de cuantos medios conozca la ciencia médica de acuerdo con las circunstancias crónicas y tópicas en relación con el enfermo concreto.*
- b) *La información en cuanto sea posible, al paciente o, en su caso, familiares del mismo del diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, muy especialmente en el supuesto de intervenciones quirúrgicas. Este deber de información en las enfermedades crónicas, con posibles recidivas o degeneraciones o evolutivas, se extiende a los medios que comporta el control de la enfermedad.*
- c) *La continuidad del tratamiento hasta el alta y los riesgos de su abandono.*

En cuanto al segundo aspecto la meritada sentencia expresa que, si las anteriores obligaciones médicas pueden predicarse en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, y en los que, como se ha dicho anteriormente, el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquellos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de su aspecto físico o estético o, como, en el estudiado en los presentes autos, para la transformación de una actividad biológica —la actividad sexual—, en forma tal que le permita practicar el acto sin necesidad de utilizar otros métodos anticonceptivos, el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, se propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.

De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si ésta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que

Jesús Fernández Entralgo

se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención.

...Sin entrar por ser un tema doctrinal estricto en la legitimidad de esta categoría híbrida de contrato intermedio entre el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra, no cabe duda que el “resultado” en el segundo aspecto examinado actúa como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, asimismo, además, como tal resultado concreto para quien realiza la intervención, sin que, como ocurre, cuando hay desencadenado un proceso patológico que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que atajar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud eleve a razón primera de la asistencia los medios o remedios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. De aquí que se haya distinguido jurídicamente dentro del campo de la cirugía entre una “cirugía asistencial” que identificaría la prestación del profesional con la “locatio operarum” y una “cirugía satisfactiva” (operaciones de cirugía estética u operaciones de vasectomía, como la presente) que identifican aquélla con la “locatio operis”, esto es, con el plus de responsabilidad que, en último caso, comporta la obtención del buen resultado o, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso....»⁸.

La Sentencia (TS-1) 580/1997, de 28 de junio de 1997, invocó la doctrina contenida en la Sentencia (TS-1) 349/1994, de 5 de abril, a propósito de un

8. Tres años antes, también a propósito de una vasectomía, la Sentencia (TS-1) 349/1994, de 5 de abril, advertía que si, “...en los supuestos en los que una persona acude al mismo para la curación de una enfermedad o cuadro patológico, (...) el contrato que liga a uno y otro cabe calificarlo nítidamente como de arrendamiento de servicios, en aquéllos otros en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o, como en el estudiado en los presentes autos, (...) el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada. De ahí que esta obligación que, repetimos, es todavía de medios, se intensifica, haciendo recaer sobre el facultativo, no ya sólo, como en los supuestos de medicina curativa, la utilización de los medios idóneos a tal fin, así como las obligaciones de informar ya referidas, sino también, y con mayor fuerza aún, las de informar al cliente —que no paciente—, tanto del posible riesgo que la intervención, especialmente si esta es quirúrgica, acarrea, como de las posibilidades de que la misma no comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten precisas para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención...”.

caso derivado de una intervención de cirugía plástica. Aunque con carácter de argumento meramente colateral, se interpreta que *«...el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa en gran medida de la naturaleza del arrendamiento de obra, como ya apuntó esta Sala en su vieja S. 21 marzo 1950 y ha vuelto a proclamarlo en la reciente de 25 abril 1994, habiendo declarado expresamente esta última que en aquellos casos, “en los que la medicina tiene un carácter meramente voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético (...) el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada”...»*.

La Sentencia (TS-1) 122/1998, de 19 de febrero de 1998, insiste: en caso de *«...intervención quirúrgica reparadora o perfectiva o estética el paciente es cliente, y la obligación ya es de resultado por ubicarse el acto médico preciso en una especie de “locatio operis” —SS. 25-4-1994 y 11-2-1997—...»*.

La vasectomía, la cirugía estética y la odontología son repetidamente citadas como hipótesis en que la prestación asistencial se configura como de resultado, y no de medios. Comparten este criterio las Sentencias (TS-1) 1146/1998, de 9 de diciembre de 1998; 122/1998, de 19 de febrero de 1998; 1140/1997, de 16 de diciembre de 1997; y de 31 de julio de 1996, como ejemplos más recientes.

En un mismo sector sanitario pueden concurrir profesionales ligados, unos, por una obligación de medios y, otros, por una de resultado. PARRA LUCÁN —invocando el estado de opinión dominante en la bibliografía francesa y el criterio de la práctica judicial norteamericana— llama la atención sobre el caso de la odontología: el profesional que proporciona la prótesis ha de suministrar una pieza utilizable y satisfactoria de acuerdo con las calidades medias en el mercado de estos productos, y atendidas las circunstancias específicas del caso y las necesidades del cliente, según la información disponible por aquél. En cambio, el médico que ha de colocar el aparato sólo asume una obligación de medios.

3. CUANDO LAS COSAS SALEN MAL. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR EL EJERCICIO DESCUIDADO DE UNA ACTIVIDAD SANITARIA

3.1. ALGUNAS IDEAS IMPORTANTES

3.1.1. Proclamación general: la imprudencia o el dolo son precisos para poder apreciar cualquier infracción penal

Al definir la infracción penal, en cuanto concepto superior comprensivo semánticamente de sus dos modalidades (el delito y la falta), el artículo 10 del vigente Código Penal dispone:

«...Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley...».

Para poder apreciar la existencia de una infracción penal, grave (delito) o leve (falta), es preciso que se compruebe la ocurrencia de una conducta humana, positiva (acción) o negativa (omisión, como dejar de comportarse de una manera determinada), dolosa o imprudente.

El mundo de la culpa, imprudencia o negligencia, ante todo, es el mundo del resultado.

La imagen conceptual arquetípica de una infracción penal imprudente remite a la causación de un resultado lesivo para un bien (individual o colectivo) que el Derecho considera tan importante para la organización de la sociedad que justifica la amenaza de una pena para el caso de que se lesione o, en ocasiones, simplemente se le ponga en peligro de sufrir una lesión.

En el ámbito de la Medicina, los bienes relevantes son, tópicamente, la vida, la integridad corporal y la salud (tanto física como psíquica) de la persona, nacida o en gestación. A veces, sin embargo, el comportamiento de un médico (o, más ampliamente, de un profesional sanitario) puede comprometer bienes que parecen muy ajenos a su actividad. Un descuido de los encargados del cuidado de recién nacidos, en un centro maternal, puede dar lugar a la sustitución de un niño por otro, dando lugar, así, a su integración respectiva en un marco familiar que no le corresponda por razón de su nacimiento de una persona determinada.

El resultado lesivo puede haber sido deliberadamente ocasionado por quien realiza la conducta que materialmente lo ha causado. La persona autora ha querido consciente y libremente producirlo. En estos casos, esa persona actúa con dolo directo.

Ejemplo: Una persona dispara voluntariamente contra la cabeza de su rival queriendo causarle la muerte.

A veces, habría preferido que ese resultado no se hubiese hecho realidad, pero, a pesar de que, de llevar a cabo un acto determinado, está claro que ha de ocurrir necesariamente, o con un elevadísimo grado de probabilidad, la persona autora actúa, y el resultado tiene lugar. Ha obrado con lo que se denomina dolo de consecuencias necesarias (en casos de producción inexorable) o dolo eventual (en aquellos otros, de altísimo grado de probabilidad), respectivamente.

El terrorista lanza una granada queriendo matar a un alto cargo político, quien conversa con otras personas. Sabe que éstas morirán (consecuencia necesaria) igual que su víctima directa, sin embargo actúa.

Un automovilista con prisa lanza su vehículo a gran velocidad contra el grupo de manifestantes que le cierra el paso, haciendo sonar su claxon. No le importa la elevada eventualidad de que alcance a uno o a varios y les cause lesiones y hasta la muerte.

La insensibilidad, hacia el bien comprometido, que demuestra quien se decide a actuar en tales circunstancias es tal que parece justificado castigar a esa persona con la misma pena que correspondería en caso de haber producido el resultado intencionadamente. El autor es tratado jurídicamente *como si* hubiera querido causar el resultado producido.

En los demás casos, la falta de voluntad de producirlo obliga a que sólo sea legítimo el castigo del autor cuando éste se ha comportado imprudentemente, esto es, infringiendo el deber de cuidado que le era exigible, dadas las circunstancias.

Ahora, el automovilista apresurado no es capaz de esperar a rebasar el cambio de rasante para adelantar el vehículo que le precede, colisionando contra el que avanza en dirección contraria o y cuya aproximación no pudo percibir.

Jesús Fernández Entralgo

La imposición de una pena sólo será legítima cuando la persona que lleva a cabo el comportamiento prohibido por la Ley actúa intencionada o imprudentemente.

Lo proclama así el artículo 5 del Código Penal:

«...*No hay pena sin dolo o imprudencia...*».

Esto es, del mismo modo que no hay delito ni falta sino cuando una conducta y su resultado pueden ser objetivamente puestos a cuenta de quien realizó la primera, y causó materialmente el segundo, es necesario que se acredite, además de esa *imputación objetiva* una suerte de *imputación subjetiva* que sólo se da cuando, alternativamente, la persona autora del hecho ha procedido dolosamente o, al menos, de forma imprudente.

3.1.2. *La estructura de la infracción culposa o imprudente*

La estructura de la imprudencia punible puede resumirse a grandes líneas reuniendo los siguientes elementos:

- a) un comportamiento humano (lo es, por supuesto, el acto sanitario o intervención en el ámbito de la sanidad)
- b) que infringe el deber objetivo de cuidado exigible objetivamente en el caso concreto (la *lex artis in concreto*, como puede ser no tomar precauciones y dejar dentro del cuerpo de la persona intervenida quirúrgicamente una pieza del instrumental): se habla de desvalor del acto
- c) que causa un resultado lesivo, por ejemplo, la muerte del enfermo (se reprocha haberlo producido: los juristas hablan de desvalor del resultado)
- d) previsible y
- e) evitable mediante la observancia de aquel cuidado que trataba de evitar la norma que exigía adoptar la medida de diligencia, a lo que se alude en el lenguaje jurídico mediante la denominación imputación objetiva.

3.2. LA PRÁCTICA JUDICIAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL PENAL

Estas ideas básicas aparecen recogidas en la práctica judicial. Se transcriben a continuación algunos ejemplos.

La Sentencia número 1188/1997, de 3 de octubre de 1997, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, invocando la precedente de 29 de febrero de 1996, reitera la doctrina jurisprudencial con arreglo a la cual *«...la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves dificultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales. La profesión en sí misma no constituye en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo —no quita ni pone imprudencia, se ha dicho—, pero sí puede influir, y de hecho influye, para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produjere muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse; esta “imprudencia profesional”, caracterizada por la transgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia, constituye un subtipo agravado caracterizado por un “plus” de culpa y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la “culpa profesional sin impericia” en las categorías de temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad (v. S. de 8 de junio de 1994).*

Por lo demás —como ha puesto de relieve la S. de 5 de julio de 1989, de esta Sala— “existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido, hay que recordar lo siguiente:

1. *Que, por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.*

Jesús Fernández Entralgo

2. *Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.*
3. *Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones.*

Por ello y expresando una vez más la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen por la transcendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la “lex artis” conduzcan a resultados lesivos para las personas”...».

Un ejemplo más: la Sentencia TS-2 número 205/1997, de 13 de febrero, centrada en las hipótesis más típicas de imprudencia médica, la culpa o negligencia con resultado de muerte o lesiones dentro del ámbito sanitario, reconoce que *«...presenta ciertas peculiaridades con relación a otras actividades dentro de la vida social, como ocurre “ad exemplum” en el campo automovilista, pues mientras en éste con tal actuación ya se generan riesgos, la prestación médica y sanitaria se produce ya en situaciones de peligro y de variable gravedad no determinadas por lo general por el quehacer profesional que interviene precisamente para suprimir o aminorar tal peligrosa situación. Pero [añade], en todo caso, según la más moderna doctrina científico-penal el delito imprudente en la actividad sanitaria exige en la estructura de su tipo:*

- a) *La inobservancia de los deberes objetivos de cuidado que impone la concreta actividad.*
- b) *La producción de muerte o lesiones.*
- c) *Una relación de causa a efecto entre la conducta del agente y el resultado dañoso producido.*
- d) *Imputación objetiva del resultado.*

Aparece así una diferencia entre las infracciones —dolosas— y las imprudentes, no sólo en el orden a la diferente forma de culpabilidad, sino en que aquéllas admiten una imperfección o deficiencia del resultado querido, al pa-

so que ello resulta inconcebible en los delitos culposos, en los que tan sólo existe infracción punible cuando se ha producido el resultado lesivo o dañoso y en concreto en el ámbito médico-sanitario precisa un resultado de muerte o de lesiones. Se trata en definitiva de homicidios y lesiones imprudentes y no sólo con la promulgación del nuevo Código penal de 1995, que sigue el sistema de los “crimina culposa” junto a las infracciones dolosas correspondientes, sino incluso bajo el sistema del texto derogado del “crimen culpae”, pues no en vano el art. 565 exigía la ejecución de un hecho, que si mediare dolo, constituiría delito y a continuación se refería a la producción de muerte o lesiones y concretaba resultados específicos al referirse en dicho precepto a los arts. 418, 419 o 421.2 del mismo texto penal...».

En la Sentencia 253/1998, de 28 de febrero, se reitera:

«...Como recuerda la STS 492/1997, de 15 de abril, en la valoración de todos los comportamientos culposos o imprudentes se ha de partir de la estructura señalada por la más autorizada doctrina científica española: 1) La parte objetiva del tipo supone la infracción de la norma de cuidado (desvalor de la acción) y la resultancia de la parte objetiva de un hecho previsto en un tipo doloso (desvalor del resultado). 2) La parte subjetiva del tipo requiere el elemento positivo de haber querido la conducta descuidada, ya sea con conocimiento del peligro que en general entraña (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente), y el elemento negativo de no haber querido el autor cometer el hecho resultante.

A su vez el desvalor o disvalor de la acción supone que la infracción de esa norma que impone el deber de cuidado se descomponga en dos: a) El deber de cuidado interno obliga a advertir la presencia del peligro en su gravedad aproximada, como presupuesto de toda acción prudente. Precisamente por la existencia de este deber de advertir el peligro puede castigarse la culpa inconsciente, que supone la imprudente falta de previsión del peligro del resultado: en ella se castiga la infracción de la norma de cuidado que obliga a advertir el riesgo. b) El deber de cuidado externo consiste en el deber de comportarse externamente conforme a la norma de cuidado previamente advertida. Puesto que presupone haberla advertido, sólo puede imputarse subjetivamente en la culpa consciente. De ahí que, ante conductas igualmente peligrosas, la culpa consciente sea más grave que la inconsciente.

Jesús Fernández Entralgo

Por otra parte, hay que partir de la existencia de una imputación objetiva del resultado. Con arreglo a ella, sólo se produce la irrelevancia causal de la imprudencia cuando el resultado producido habría sido exactamente el mismo. Y esta doctrina ha sido acogida por la doctrina jurisprudencial de esta Sala (entre otras, SSTS de 12 de junio de 1989, 17 de julio de 1990, 29 de octubre de 1992, 1544/1994, de 18 de julio, 813/1995, de 26 de junio, y las muy recientes, 312/1996, de 20 de abril, 1122/1996, de 30 de diciembre, 62/1997, de 20 de enero, y 302/1997, de 11 de marzo), según la cual en el plano que se pudiera denominar “ontológico” se atiende a la equivalencia de las condiciones y en el plano “normativo” esta imputación objetiva, que actúa como correctivo de las teorías naturalistas de la causalidad, toma en cuenta el riesgo creado (el peligro jurídicamente desaprobado) y el fin de protección de la norma. Un nexo causal sólo será típico cuando el resultado sea la realización de un riesgo o peligro desaprobado para la acción...».

Estos criterios jurisprudenciales se mantienen hasta el presente.

En la Sentencia (TS-2) 2252/2001, de 29 de noviembre, se resume de este modo lo que se considera como doctrina jurisprudencial consolidada, que funda la exigencia de responsabilidad penal por imprudencia sobre la base de los siguientes presupuestos estructurales:

- «...1.º) *Existencia de una acción u omisión, voluntaria pero no maliciosa.*
- 2.º) *Un elemento psicológico consistente en el poder o facultad del agente de poder conocer y prevenir un riesgo o peligro susceptible de determinar un daño.*
- 3.º) *Un factor normativo que consiste en la infracción de un deber objetivo de cuidado en el cumplimiento de reglas sociales establecidas para la protección de bienes social o individualmente valorados, y que es la base de la antijuricidad de la conducta imprudente.*
- 4.º) *Causación de un daño.*
- 5.º) *Relación de causalidad entre la conducta descuidada e inobservante de la norma objetiva de cuidado, como originaria y determinante del resultado lesivo sobrevenido (Sentencia de 14 de febrero de 1997 entre otras).*

Cuando la culpa esté relacionada con la conducta de un profesional, que ha de tener saberes y posibilidades específicas de actuación preventiva de un

daño, las reglas socialmente definidas alcanzan un más alto grado de exigencia pues no son ya las comunes que se imponen a cualquier persona, sino que incluyen las del conocimiento y aplicación de los saberes específicos para los que ha recibido una especial preparación y titulación. La inobservancia de esas reglas determina un plus de antijuricidad.

En el caso concreto de la culpa médica se ha reconocido en la doctrina de esta Sala “que no la constituye un mero error científico o de diagnóstico, salvo cuando constituyen un error cuantitativa o cualitativamente de extrema gravedad, ni cuando no se poseen unos conocimientos de extraordinaria y muy calificada especialización, y para evaluarla se encarece señaladamente que se tengan en consideración las circunstancias de cada caso concreto, con lo que se determinan grandes dificultades porque la ciencia médica no es una ciencia de exactitudes matemáticas y los conocimientos diagnósticos y de remedios están sometidos a cambios constantes determinados en gran medida por los avances científicos en la materia”, como estableció la S. 811/99, de 25 de mayo y fue recordado oportunamente por el Ministerio Fiscal y las partes en la vista oral de este recurso de casación...»⁹.

4. CAUSALIDAD E IMPUTACIÓN OBJETIVA DEL RESULTADO LESIVO AL ACTO SANITARIO

El triángulo nuclear de la estructura de responsabilidad une, pues, un acto sanitario (en sentido amplio, que trasciende el del acto médico, en cuanto restringido a los profesionales de esta clase) con un resultado lesivo para la vida, la integridad corporal o la salud (física o psíquica).

Conviene no perder de vista que, tanto en el ámbito civil como en el penal, la relación de causalidad material se está diferenciando de la relación *de im-*

9. Y añade: “...En el Código vigente de 1995, con general aceptación de la doctrina científica, ha desaparecido, como se establece en el art. 12, la configuración genérica de la imprudencia (“*crimen culpae*”), sustituida por tipificaciones concretas de la misma expresamente establecidas en la ley (“*crimina culposa*”) y ha desaparecido también la calificación tripartita del sistema derogado. Las nuevas categorías legales de imprudencia son la grave, la única que constituye delito y la leve que equivalen en lo esencial a las anteriormente denominadas temeraria y simple. Se diferencian básicamente entre sí en la mayor o menor intensidad del quebrantamiento del deber objetivo de cuidado que, como elemento normativo, sigue siendo la idea vertebral del concepto de imprudencia, como se dijo en la sentencia de 10 de octubre de 1998 (recurso 4213/97). La imprudencia grave requiere el olvido u omisión de los cuidados y atención más elementales lo que se traduce, en el caso de la culpa médica profesional, en impericia inexplicable y fuera de lo corriente...”.

Jesús Fernández Entralgo

putación objetiva, aunque esta distinción de planos haya sido relativamente reciente en la esfera de la responsabilidad civil en sentido estricto.

Para discernir si un resultado fue materialmente causado por una conducta determinada, se lleva a cabo lo que se denomina un «*experimento mental*» (*Gedankenexperiment*): se calcula si el resultado dañoso se habría producido igualmente en caso de que —no variando las demás circunstancias («*cæteris paribus*»)— no hubiera tenido lugar el comportamiento enjuiciado, o el sujeto se hubiera comportado de otro modo. Si se llega a la conclusión de que el resultado no habría llegado a producirse, cabe afirmar el nexo causal material. Todos los factores de los que puede predicarse ese nexo se consideran causas materiales del resultado lesivo. De ahí la denominación de criterio de la «*equivalencia de las condiciones*».

Los penalistas reclaman, además, que la conducta causante materialmente de la lesión o de la muerte sea reconocida como «*adecuada*», por sus características, para ocasionarlas, porque se ajusta al modelo de conducta arquetípico del delito y porque —teniendo en cuenta el interés que la norma pretende proteger— aumentaba el peligro de su producción más allá de lo socialmente tolerable. En tal caso, el resultado es «*objetivamente imputable*», esto es, hay razones, desde el punto de vista social, para ponerlo a cuenta de la conducta que materialmente lo causó. En la práctica judicial este punto de vista terminó por imponerse: sirvan de ejemplo las Sentencias —de la Sala Segunda del Tribunal Supremo— de 20 de mayo de 1981, 5 de abril de 1983, 2 de marzo de 1989, 25 de enero, 8 de abril y 18 de diciembre de 1991, 28 de febrero, 8 de abril, 30 de mayo y 3 de noviembre de 1992, 29 de enero y 7 de julio de 1993.

La doctrina de la imputación objetiva ha sido asumida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Resulta de gran interés —por resumir muy bien la doctrina jurisprudencial dominante— la Sentencia 1671/2002, de 16 de octubre, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo:

«...La jurisprudencia de esta Sala sigue en la determinación de la relación de causalidad la teoría de la imputación objetiva a través de la que se pretende explicar la relación que debe existir entre la acción y el resultado típico.

Esta construcción parte de la constatación de una causalidad natural entre la acción y el resultado, constatación que se realiza a partir de la teoría de la relevancia, comprobando la existencia de una relación natural entre la acción y el resultado. Esta constatación es el límite mínimo, pero insuficiente para la determinación de la atribución del resultado a la acción, por lo que se hace necesario verificar:

- a) *Si la acción ha creado, o incrementado, un riesgo jurídicamente desaprobado.*
- b) *Si el resultado producido por la acción es concreción de la acción.*

Como dijimos en la STS 1611/2000, de 19 de octubre: “Caso de faltar algunos de estos dos condicionantes complementarios de la causalidad natural, se eliminaría la tipicidad de la conducta y, por consiguiente, su relevancia para el derecho penal.

La creación de un peligro jurídicamente desaprobado está ausente cuando se trate de riesgos permitidos, que excluyen la tipicidad de la conducta que los crea, y próximos a estos los casos de disminución del riesgo, en los que el autor obra causalmente respecto de un resultado realmente ocurrido, pero evitando a la vez la producción de un resultado más perjudicial. Son de mencionar igualmente otros supuestos de ruptura de la imputación objetiva entre los que se pueden incluir los abarcados por el principio de confianza, conforme al cual no se imputarán objetivamente los resultados producidos por quien ha obrado confiando en que otros se mantendrán dentro de los límites del peligro permitido, así como las exclusiones motivadas por lo que doctrinalmente se denomina la prohibición de regreso, referidas a condiciones previas a las realmente causales, puestas por quien no es garante de la evitación de un resultado.

El segundo requisito al que antes hacíamos referencia exige que el riesgo (no permitido) creado por la acción sea el que se realiza en el resultado. Es en este segundo condicionante de la imputación objetiva en el que se plantea la presencia de riesgos concurrentes para la producción del resultado, cuestión en la que habrá que estar al riesgo que decididamente lo realiza, como aquellos otros casos en los que no podrá sostenerse la realización del riesgo en el resultado cuando la víctima se expone a un peligro que proviene directamente de su propia acción, en cuyo caso el resultado producido se imputará según el principio de la ‘autopuesta en peligro’ o ‘principio de la propia responsabilidad’. Se trata de establecer los casos en los que la realiza-

Jesús Fernández Entralgo

ción del resultado es concreción de la peligrosa conducta de la propia víctima que ha tenido una intervención decisiva.

En la jurisprudencia esta problemática ha sido considerada en parte a través de la figura de la ‘compensación de culpas’ en los delitos imprudentes. En este sentido la STS de 5-11-90 establece que ‘para calibrar la respectiva relevancia de las conductas intervinientes (...) habrá de tenerse en cuenta que si uno de los factores o condiciones se muestra como causa decisiva y eficiente del resultado, habrá de reputarse la actuación de los demás intervinientes como accidental y fortuita’. Como resulta evidente que en los casos de autopuesta en peligro y, por consiguiente, de autorresponsabilidad del lesionado, la participación de un tercero no debe ser punible”...».

La Sentencia invoca como precedente de autoridad la Sentencia 844/1999, de 29 de mayo, en la que se lee: «...La jurisprudencia de esta Sala [confr. entre otras SSTS de 12-6-89 (Rec. núm. 3168/86); 17-7-90 (Rec. núm. 811/88); 30-5-91 (Rec. núm. 6219/88); 2-12-91; 29-5-92 (Rec. núm. 4892/89); 3-7-92 (Rec. núm. 6393/89); 17-10-92; 12-2-93 (Rec. núm. 1704/90); 21-12-93 (Rec. núm. 2986/92); 26-6-95 (Rec. núm. 1791/94); 28-10-96] viene sosteniendo que la relación entre la acción y el resultado en delitos cuyo tipo penal incluye la lesión del objeto de la acción no se limita a la comprobación de la causalidad natural, sino que dependerá de la posibilidad de la imputación objetiva del resultado de la acción. En general es posible afirmar —como precisa el cuidadoso dictamen de la Sra. Fiscal— que sin causalidad (en el sentido de una ley natural de causalidad) no se puede sostener la imputación objetiva, así como que ésta no coincide necesariamente con la causalidad natural. De esta manera, sólo es admisible establecer la relación entre la acción y el resultado cuando la conducta haya creado un peligro no permitido, es decir, jurídicamente desaprobado y el resultado producido haya sido la concreción de dicho peligro...».

PANTALEÓN PRIETO ha tratado de trasladar al ámbito de la responsabilidad civil un planteamiento cada vez más generalizado entre los penalistas (y ya asumido por la doctrina jurisprudencial construida por la Sala Segunda del Tribunal Supremo español), que diferencia entre causalidad material e imputación objetiva.

PANTALEÓN asegura que la relación de causalidad es una cuestión fáctica, que hay que plantear de acuerdo con la única pauta posible, a saber, la teoría de la equivalencia de las concausas o de la condición «sine qua non».

«...El problema de la existencia o no de nexo de causalidad entre la conducta del posible responsable y el resultado dañoso —lo que los anglosajones llaman *causation in fact*— no debe ser en modo alguno confundido —escribe— con el problema, radicalmente distinto, de si el resultado dañoso, causalmente ligado a la conducta en cuestión, puede o no ser “puesto a cargo” de aquella conducta como “obra” de su autor, de acuerdo con los criterios establecidos al efecto por el legislador, o deducidos por el operador jurídico de la estructura y función de las normas de responsabilidad correspondientes. No debe ser en modo alguno confundido, en suma, con el problema de si el resultado dañoso es o no objetivamente imputable a la conducta del demandado —lo que se ha llamado, en forma muy imprecisa, “causalidad jurídica” (la *causation in law*, *legal causation* o *remoteness of damage* de los anglosajones) y lo que la doctrina alemana, con más precisión, denomina *objektive Zurechnung*...».

Y propone una serie de criterios para comprobar la concurrencia de esa imputación objetiva:

- A) El criterio del riesgo general de la vida. Las consecuencias dañosas derivadas de riesgos propios del curso ordinario de la existencia habitual del dañado caerían fuera del ámbito de la imputación objetiva¹⁰.
- B) Mediante el criterio de la prohibición de retroceso, no cabe imputar objetivamente a una conducta inicial resultados conectados inmediatamente a una conducta lesiva intencionada o gravemente imprudente de otra persona (incluida la dañada), a menos que ésta haya sido favorecida de modo relevante por aquélla primera, o fuese de aquéllas cuya producción pretende evitar la norma de cuidado infringida¹¹.

10. Desde el punto de vista sanitario, interesa un grupo de casos que comprende situaciones de predisposición patológica de la víctima, que provoca o agrava las consecuencias perjudiciales de un acto de un tercero. A juicio de PANTALEÓN, estas situaciones no pueden considerarse “...realización del riesgo general de la vida, que excluya la imputación objetiva, a no ser que el suceso, imputable al demandado, que actualizó la predisposición dañosa, no sea sustancialmente distinto de otros que resulten muy frecuentes en la vida cotidiana...”.

11. Este grupo de casos (que puede resultar especialmente interesante en el ámbito sanitario en el que la actividad se desarrolla en régimen de división del trabajo, con participación del propio enfermo y, en su caso, de sus familiares, cuando asumen un rol auxiliar) se corresponde con los que en la doctrina clásica se conocen como de *ruptura del nexo causal*.

Jesús Fernández Entralgo

- C) Pueden imputarse, en cambio, a una persona los resultados lesivos ocasionados por una causa intercurrente a consecuencia de una situación de riesgo provocada por la primera¹².
- D) PANTALEÓN explica así el criterio del incremento del riesgo: «...*No toda conducta que crea el riesgo de lesión de los bienes de los demás puede ser calificada de negligente. Por razones fáciles de comprender, todo ordenamiento jurídico considera correcta la realización de actividades más o menos peligrosas, en atención a la mayor o menor utilidad social de las mismas y al mayor o menor coste social de las medidas de reducción del riesgo. Una conducta sólo es negligente cuando sobrepasa los límites del riesgo que, a la luz de aquellos datos, el ordenamiento estima aceptable o tolerable...*».
- E) Tampoco pueden ser imputables objetivamente resultados dañinos que no entran en el ámbito de cobertura delimitado por el fin de protección de la norma fundamentadora de la responsabilidad.
- F) Por último, con arreglo al criterio de la adecuación, «...*no cabe imputar objetivamente un concreto evento dañoso a la conducta causante del mismo, cuando la producción de dicho evento habría sido descartada, como extraordinariamente improbable, por un observador experimentado que, contando además, en su caso, con los especiales conocimientos del dañante, hubiese considerado la cuestión «ex ante», en el momento en que el dañante se dispuso a realizar la conducta que desembocó en el evento dañoso de cuya imputación se trata...*».

Como puede advertirse fácilmente, las cuestiones de causalidad estricta son de índole fundamentalmente fáctico, y en ese terreno se mueve el *experimento mental* que sirve de instrumento metódico para resolverlas. En cambio, al pasar al terreno de la imputación objetiva, las referencias normativas son constantes.

12. Aquí, al contrario, la imputación objetiva se extiende a cursos causales interferidos por factores colaterales.

5. LA PAUTA DE ACTUACIÓN PROFESIONAL SANITARIA: LA DENOMINADA «LEX ARTIS AD HOC»

Para fundar un juicio de responsabilidad sanitaria no basta con establecer una relación de imputación objetiva entre el resultado y un acto causal. Es menester, además, que el comportamiento causante sea imprudente o negligente.

Lo es aquél que infringe el deber de cuidado objetivamente exigible en la realización de la actividad peligrosa. Hay veces en que la norma de cuidado viene dada por una especie de consenso social generalizado. En otras ocasiones, una norma jurídica concreta el cuidado que hay que observar al realizar una acción cualquiera. En fin, hay profesiones —las sanitarias, entre ellas— que se rigen por unas reglas especiales de diligencia, las reglas del arte médico o sanitario, la denominada «lex artis».

La medida de la diligencia o negligencia del profesional sanitario viene dada por un canon o «*standard*», cual es la denominada «lex artis», las reglas del arte médico, o, como las define Agustín JORGE BARREIRO, siguiendo a BOCKELMANN, «...*las reglas generalmente reconocidas —como las apropiadas para un tratamiento médico correcto— por la ciencia médica...*». El fallo del arte médico («*Kunstfehler*») se concreta así en un fallo de tratamiento («*Behandlungsfehler*»), que (como advierten, en Alemania, Eberhard SCHMIDT y, en España, FAIRÉN) no es cuestión jurídica, sino que ha de ser resuelto con arreglo a la información proporcionada por el perito médico.

En la jurisprudencia penal se contienen reiteradas relaciones a estas normas del cuidado objetivamente exigibles en el desarrollo de una actividad sanitaria, sin llegar a definir las concretamente. En la Sentencia (TS-2) 1005/2000, de 25 de septiembre, se alude a las «...*reglas observadas en la práctica de ciertas profesiones, “Leges artis”...*»; la 726/1998, de 22 de enero, a «...*los deberes técnicos —lex artis— que como profesional de la medicina le competían [al acusado]...*»; y la de 27 de mayo de 1988 diferencia entre las reglas que rigen la actividad que se realiza, es decir la «lex artis», y las que establecen los deberes inherentes a la profesión de que se trate («lex funtionis»), diferenciación en absoluto clara que parece destinada a eludir la agravación de pena en caso de calificarse la conducta negligente como «imprudencia profesional».

Jesús Fernández Entralgo

GRACIA MARTÍN explica que hay dos acepciones de la «lex artis». En una primera acepción, denota los criterios universales de actuación; en una segunda, de los que pueden y deben considerarse correctos en una situación concreta.

«...La Medicina —escribe— no se puede ejercer del mismo modo en todas partes, y por tanto los criterios de actuación correcta no son los mismos en un lugar que en otro. Además, está el tema de la diversidad de los enfermos, que obligan al médico a tomar decisiones que a veces van en contra de protocolos y declaraciones universales. Esto es lo que debe entenderse por “libertad clínica”. A la vista de las circunstancias, el médico tiene que tomar decisiones que pueden resultar discutibles, pero que deberán ser aceptadas siempre que sean prudentes. Esto es lo que, a mi modo de ver, debe entenderse por “medisprudencia” [neologismo discutible]. El médico es de algún modo como el juez. Por eso su actuación tiene un sentido medisprudencial...».

Y LÓPEZ TIMONEDA, sintónicamente: *«...La Lex Artis se refiere a una serie de reglas técnicas siguiendo los estándares aceptados y aprobados en el ejercicio de la profesión, teniendo en cuenta las circunstancias y condiciones en que hubieron de efectuarse y la situación del paciente en cada caso; en definitiva, es hacer bien las cosas o realizar una actuación profesional correcta...».*

La pauta de la corrección técnica es eminentemente circunstancial. La «lex artis» es «lex artis ad hoc». Dependen de circunstancias personales del sujeto (obligado deontológicamente a poner constantemente al día sus conocimientos y su preparación: así se recoge en el artículo 13 del Código Deontológico Español de 1979-1980), de lugar, de tiempo y de medios.

Alberto JORGE BARREIRO sigue la exposición de MARTÍNEZ-CALCERRADA y explica que *«... [la] expresión lex artis —literalmente, «ley del arte», ley artesanal o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate— se ha venido empleando de siempre (...) para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse. De forma que si la actuación se adecuaba a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio de una profesión.*

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

La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica ha generado eo ipso una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha hablado de que «para cada acto, una ley». Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de lex artis ad hoc como módulo rector o principio director de la actividad médica.

A este respecto, MARTÍNEZ-CALCERRADA ha definido la lex artis ad hoc como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital 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...».

Gracia GUILLÉN reflexiona de este modo: «...[La] Medicina, como el Derecho, tiene un momento científico y otro técnico o prudencial. Ambos tienen valor jurídico, de tal modo que el Derecho los acepta como tales.

La lex artis no puede establecerla más que la propia Medicina. Además, tiene dos niveles, que se suelen denominar lex artis y lex artis ad hoc, pero que en el rigor de los términos deberían denominarse, lex scientiae y lex artis.

La mejor manera de establecer criterios prudenciales es mediante consenso. La prudencia exige tener en cuenta las opiniones encontradas de todos los implicados y llegar a consensos que respeten lo más posible los criterios de todos o de la mayoría.

Estos criterios prudenciales se establecen hoy en forma de Guidelines, Guías clínicas, Protocolos de actuación, etc. Todos estos documentos deben considerarse como expresión de la lex scientiae...».

Las pautas de correcta actuación sanitaria están sujetas a constantes modificaciones al compás del desarrollo de las Ciencias Médicas. La «lex artis»

Jesús Fernández Entralgo

es un concepto de contenido eminentemente dinámico, evolutivo y en constante transformación (ROMEÓ CASABONA, Alberto JORGE).

El profesional sanitario tiene el deber de revisión y actualización continua de sus conocimientos técnicos para aplicar las reglas de correcta actuación vigentes en cada momento.

Lo anterior exige una doble precisión.

No significa que no sea libre de aplicar un tratamiento distinto, pero, si el elegido se considera superado por otro u otros posteriores más eficaces, tendrá que explicar, en caso de sobrevenir un resultado lesivo, la razón de su elección.

La misma regla rige para el caso de optar por un tratamiento todavía insuficientemente experimentado o que no cuenta con el aval de la opinión mayoritaria de la comunidad científica.

En uno y otro casos, será fundamental que el profesional sanitario haya proporcionado la suficiente información al paciente y que cuente con el consentimiento de éste, prestado a conciencia de los posibles mayores riesgos y beneficios que entraña su decisión.

En la actualidad se multiplican los denominados «*Protocolos médicos*». «...*Se trata de plasmar en documentos las directrices o recomendaciones que un grupo de expertos cualificados establecen para orientar la labor diaria de los profesionales con el fin de mejorar la calidad y la eficacia de la actuación sanitaria...*» (Alberto JORGE).

«...*En cuanto a su naturaleza y eficacia, es evidente que estamos ante normas o reglas técnicas que operan como pautas o recomendaciones dirigidas a los profesionales de la sanidad pero que carecen de obligatoriedad jurídica. Son normas técnicas que carecen de juridicidad [aunque es cada vez más frecuente que terminen por ser asumidas como contenido de normas jurídicas de diferente rango, determinantes de las pautas de correcta actuación en diferentes áreas sanitarias], si bien pueden ser acogidas como reglas por el juez para configurar el deber objetivo de cuidado en el caso concreto que se le plantea, ya sea en el ámbito de la imprudencia penal o en el marco de la culpa civil...*» (Alberto JORGE, otra vez).

Además de las normas jurídicas positivas y de los protocolos, explica GRACIA MARTÍN, «...*están los criterios prudenciales de segundo nivel o de ca-*

rácter muy particular. Esta es la función de las Comisiones Clínicas y, muy en concreto, de los Comités de Ética Hospitalaria.

Finalmente están las decisiones prudentiales que toma el propio médico en su contacto directo con el paciente. También éstas son respetables y constituyen de alguna manera la lex artis. Las decisiones prudentiales del médico son en principio legales, y quien quiera ir contra ellas tendrá que probar que no han sido prudentes; es el sentido preciso del delito de "imprudencia", tipificado en el Código Penal...».

La Sentencia de 13 de noviembre de 1992 razona así, sobre estos problemas: «...la dificultad radica en precisar esa medida de exigibilidad que, desde luego, siempre ha de fijarse teniendo en consideración, no un deber objetivo en abstracto, sino una forma de comportamiento en relación siempre con las cualidades concretas del sujeto a quien tal infracción se imputa y las particulares circunstancias en que éste se encontraba cuando el hecho se produjo, todo ello para luego poder comparar la conducta de autos con aquélla que suele observar un ciudadano medio con esas mismas cualidades y en esas mismas circunstancias.

Y esto es lo que ha de hacerse cuando de actuaciones médicas se trata, examinar las circunstancias concretas en que el profesional se encontraba, la preparación específica que le fue exigida para el puesto que desempeñaba, los medios que tenía a su disposición para su trabajo, la clase de intervención de que se trataba, la forma en que ésta se realizó, etc., todo ello a fin de poder comparar el comportamiento del caso concreto con aquel que ordinariamente observa la clase médica en las mismas o similares circunstancias, para afirmar que hubo imprudencia (...) cuando el obrar del acusado no se ajustó al módulo así obtenido. Ya se ha dicho por esta Sala reiteradamente (SS. 27-5-88, 5-7-89, 12-3-90, 4-9-91 y 21-4-92) que los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, a no ser que sean de magnitud tal que de modo evidente se aparten de lo que hubiera detectado cualquier médico de nivel y preparación similar y con semejantes medios a su alcance, y lo mismo cabe decir de la mayor o menor precocidad o rapidez en el diagnóstico de algunas enfermedades que, como la gangrena gaseosa que aquí se presentó, tan graves consecuencias acaorean si no se detectan en el momento de su aparición inicial...».

Jesús Fernández Entralgo

La pauta para valorar (o, si se prefiere, *devaluar* o *desvalorar*) los comportamientos lesivos imprudentes se cifra en una combinación de varios criterios:

- a) la importancia del bien lesionado o puesto en peligro;
- b) la gravedad del descuido (esto es, de la infracción del deber objetivo de cuidado, impuesto por una norma cultural general; por la propia de una determinada actividad o «lex artis»; por una norma jurídica positiva, legal o reglamentaria);
- c) la gravedad del resultado;
- d) la previsibilidad del resultado, desde el punto de vista pronóstico de una persona cualquiera (un observador objetivo medio) inmediatamente antes de llevar a cabo la acción;
- e) la evitabilidad de ese resultado, mediante la observancia del cuidado debido.

Una imprudencia es más o menos grave de acuerdo con la mayor o menor diligencia que requería la importancia mayor o menor del bien jurídico comprometido. Por eso, una Sentencia —la número 2127 de 1993— de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 1993, advierte que, cuando están en juego valores tan trascendentales como la vida o la salud de las personas, descuidos que serían tratados en otro caso con más benevolencia, son tenidos por imprudencia grave (temeraria).

Habrá que buscar, pues, criterios para proceder a esta valoración.

La Sentencia TS-2 número 192/1997, de 14 de febrero, enseña que «...[la] gravedad de la infracción de la norma de cuidado es el elemento normativo a que atiende la clasificación legal, debiendo de tenerse en cuenta tanto la peligrosidad de la conducta como la valoración social del riesgo...».

Los especialistas coinciden en estimar que cabe aplicar las mismas pautas que servían, bajo el régimen del Código Penal anterior, para discernir entre la imprudencia *temeraria* y la *simple*.

La ya citada Sentencia TS-2 número 192/1997, poniendo en relación los Códigos Penales actualmente vigente e inmediatamente anterior, establece:

«...A través del articulado de la Ley penal sustantiva, arts. 565, 586,1 y 600 —Texto anterior al introducido por la LO 3/1989 de 21 junio—, se definen las

diversas especies de culpas que, articuladas en varios tipos, representan una escala jerárquica en cuya cúspide estructural, como la más grave de las infracciones, figura la imprudencia temeraria, suponiendo la misma la eliminación de la atención más absoluta, la inadopción de los cuidados más elementales o rudimentarios exigidos por la vida de relación, suficientes para impedir o contener el desencadenamiento de resultados dañosos previsibles, infringiéndose deberes fundamentales que atañen a la convivencia y a principios transidos de alteridad; en tanto que en la imprudencia simple se acusa la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y contornean el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose, sin alcanzarla, a la cota exigida habitualmente en la vida social.

Debiendo proceder el órgano judicial, en delicada labor valorativa “ex post facto”, al cuidadoso análisis de los básicos elementos constitutivos de la culpa penal, a la mayor o menor gravedad del fallo psicológico padecido, a la cualidad e intensidad de la desatención, en función del riesgo desencadenado con la torpe actuación; asimismo a la entidad del deber objetivo de cuidado omitido, medida determinada en atención a las generales circunstancias cognoscibles por el ciudadano medio y por el infractor en concreto y a las reglas experienciales o reglamentarias que marcan la pauta de procedencia en el obrar del sujeto, labores cuya referencia es precisa para el adecuado juicio de culpabilidad. (...) Las [distintas clases de imprudencia] (...) vienen a diferenciarse —concreta la S 8 noviembre 1985— atendiendo a la mayor o menor previsibilidad del evento del resultado de la acción y a la diferente repulsa social ante la infracción del deber por la conducta del agente...».

La Sentencia TS-2 número 1188/1997, de 3 de octubre, reiterando una consolidada doctrina jurisprudencial anterior, enseña que «...la imprudencia temeraria dentro de la escala jerárquica de las actuaciones culposas se sitúa en la cúspide estructural, correspondiendo su definición al órgano judicial en correspondencia con los datos más significativos y reveladores de la causa generadora del riesgo, su racionalidad y previsibilidad, su potencialidad peligrosa y probabilidades de desencadenamiento del “damnum”, sin dejar de ponderar adecuadamente la mayor o menor entidad de las omisiones espirituales o fallos psicológicos acusables en el agente...».

Jesús Fernández Entralgo

A propósito de la actividad sanitaria en concreto, la práctica jurisprudencial ha construido una doctrina consolidada en esta materia.

«La Ciencia Médica —se afirma, para empezar— es inexacta por definición; confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico (los criterios incommovibles de hoy dejan de serlo mañana), la libertad en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales (Sentencia de 8 de junio de 1994); ahora bien, ello no significa lenidad frente a posibles negligencias, muy al contrario: la conducta de los técnicos sanitarios ha de entenderse en su justa valoración, habida cuenta de que se trata de una de las actividades humanas que más riesgo puede originar y proyectar, al incidir directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced, además, del acierto o del desatino de los profesionales; (...) que se trata pues de una ciencia inexacta, con un plus especial de exposición y peligrosidad, en la que la atención, la pericia y la reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otras dedicaciones (Sentencia de 14 de febrero de 1991)».

Con todo, no puede olvidarse que —como ya se ha estudiado antes— el compromiso del profesional sanitario no es *«...obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir está obligado, no a curar al enfermo, sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la Ciencia...»* (Sentencias de 26 de mayo de 1986 y 12 de julio de 1988; en el mismo sentido, las de 7 de febrero y 6 de julio de 1990, 11 de marzo y 11 de noviembre de 1991, y 20 de febrero de 1992, todas ellas, de la Sala Primera del Tribunal Supremo).

En el ámbito civil, es una constante la referencia a la «lex artis ad hoc», tanto entre los especialistas (SANTOS BRIZ, MARTÍNEZ-CALCERRADA, FERNÁNDEZ COSTALES, PARRA LUCÁN, CARRASCO GÓMEZ...) como en la doctrina jurisprudencial.

El deber de actualización de conocimientos y técnicas, incluso si no están impuestas reglamentariamente, explica el criterio adoptado por la Sentencia (TS-2) de 18 de noviembre de 1991 (en confrontación con el criterio susten-

tado por las Secciones Penales de la Audiencia Provincial de Barcelona), a propósito de infección por VIH con motivo de transfusión de sangre o de suministro de hemoderivados.

Con anterioridad se ha hecho mención de la necesidad de diferenciar entre la infracción de las normas de cuidado exigibles objetivamente en el ejercicio de una actividad profesional médica, atendidas las circunstancias del caso, y la omisión del consentimiento informado que legitima al médico o a cualquier otro profesional sanitario a intervenir sobre el paciente.

La Sentencia (TS-2) 308/2001, de 26 de febrero, aborda un caso interesante y establece una doctrina de no menor interés.

En primera instancia, la Audiencia Provincial absolvió al acusado, entendiendo que no se había producido el «*desvalor del resultado*» porque la intervención equivocadamente practicada constituye un «*tratamiento médico curativo*» que no ha vulnerado la integridad física de la paciente y, por consecuencia, no se ha producido el resultado dañoso que exige el tipo.

El Tribunal casacional «...entiende, por el contrario, que también concurre en el caso enjuiciado (...) el desvalor del resultado de la acción, es decir la consecuencia lesiva vulneradora de uno de los bienes jurídicamente protegidos por la norma.

En este sentido debemos reiterar que el art. 420 CP de 1973 —como el 147 actualmente vigente— no sólo protege el derecho a la salud física o mental de las personas, sino también, y de manera autónoma, el derecho a la integridad corporal de las mismas, según se constata por la utilización de la conjunción disyuntiva “o” en la descripción de la figura delictiva. Quiere ello decir que el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física “...no se reduce exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud, pues dicho derecho resulta afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca de consentimiento del titular” (STC de 16 de diciembre de 1996), y esta diferenciación tiene también su reflejo en el tipo penal.

La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido

Jesús Fernández Entralgo

lugar con observancia de las normas que configuran la “lex artis” que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la “lex artis”, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo.

Que en el supuesto analizado los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber de cuidado a que obliga la “lex artis” a la que debían haber ajustado su actuación, es algo que no admite la menor duda. Por la inexcusable y clamorosa negligencia de aquéllos se intervino quirúrgicamente un miembro que no había sido sometido a examen, ni había sido diagnosticado de deficiencia, alteración o disfunción alguna que hiciera necesaria o conveniente la operación; y, desde luego tampoco se obtuvo el consentimiento de la persona afectada para operar ese miembro del que, inicialmente, ninguna señal ni apariencia aparece en el “factum” de la sentencia que advirtiera de que adoleciera de alguna anomalía. A este respecto conviene significar la relevancia que la autorización o consentimiento del paciente tiene como determinante de la atipicidad de esta clase de conductas o como causa excluyente de la punibilidad que ya puso de relieve la sentencia de esta Sala de 26 de octubre de 1995 cuando advertía que salvo situaciones de extrema urgencia en que exista un riesgo inminente para la vida de la persona “...el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella”.

...En estas circunstancias, pues, no podemos aceptar la tesis de la Sala de instancia de que no existe el “desvalor del resultado”, pues de lo anteriormente consignado aparece claro que el resultado de la acción lo constituye la incuestionable agresión a la incolumidad corporal de la paciente, que se vio notoriamente perturbada como consecuencia de una intervención quirúrgica huérfana de diagnóstico previo, injustificada, incontestada e innecesaria a tenor del art. 10.5 de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986 que, por lo mismo, no cabe calificar de “tratamiento médico curativo” como causa de justificación de la ilícita acción, máxime si tenemos en cuenta que, si como señala la sentencia, la operación estaba indicada objetivamente para curar a la paciente, ello sólo se advirtió a posteriori de los hechos, pero sin que previamente a la acción quirúrgica efectuada sobre la rodilla izquierda de la paciente se hubiera apreciado síntoma, queja o dato alguno que advirtie-

re de las deficiencias que se apreciaron con posterioridad, lo que revela de manera patente que el tratamiento objetivamente curativo lo ha sido de manera absolutamente causal y accidental.

Por último, el resultado material lesivo como consecuencia directa y causal de la intervención quirúrgica practicada contra todas las reglas de la “lex artis”, viene determinada por el daño sufrido en la integridad corporal generado por la propia intervención, y que “como consecuencia de dicha operación, Begoña, no se recuperó durante el período de sesenta días, y durante 45 días no pudo dedicarse a sus ocupaciones habituales, y sufrió como secuelas hipertrofia del músculo cuádriceps de 2 cm, y dos cicatrices de 1 cm”, según se especifica en la declaración de hechos probados...».

Los problemas que plantea la ausencia de consentimiento informado no se resuelven tan sencillamente desde el punto de vista jurídico penal.

Para empezar, habrá que diferenciar entre tratamientos que entrañan una modificación en el organismo que produce un menoscabo de la salud (o, si se quiere, del estado anterior de salud) y aquellos otros que no la producen.

Sin duda, una intervención quirúrgica tradicional obliga siempre a practicar una herida para acceder al interior del cuerpo y otras diversas dentro de él. Esas heridas, al menos a primera vista, no se distinguen de las que pudiera causar un arma blanca o el disparo de un arma de fuego.

La acción típica del delito básico de lesiones consiste en «...[causar] a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental...».

Una interpretación textual apegada a la literalidad de la descripción legal conduciría a afirmar la tipicidad del tratamiento modificativo de la integridad corporal del paciente. De acuerdo con el criterio que resuelve las relaciones entre tipicidad y antijuridicidad según el principio que presupone que toda conducta típica es también contraria a Derecho (regla) a menos que concorra una causa que la justifique o legitime (excepción), sólo el consentimiento informado del paciente o de su representante legal convierte en legítima la conducta típica. La omisión de ese consentimiento la haría antijurídica, y la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal del médico habría de desplazarse a su examen desde la perspectiva de la culpabilidad. Este parece ser el criterio que sigue la sentencia antes transcrita.

El análisis lingüístico de la fórmula legal empleada para describir la conducta típica —como el de cualquier otro mensaje comunicativo— descubre mucho más que su lectura literal. Todo mensaje comunicativo constituye, en definitiva, un código en el que se contiene abreviadamente más información de la que proporciona su literalidad. Incluye guiños al intérprete, que comparte, con el redactor o redactores materiales de la norma, un bagaje cultural y de experiencia común. Ahora se puede interpretar la fórmula legal del siguiente modo: «...[causar] a otro un daño de la anatomía o del funcionamiento de su organismo [la lesión] con intención de menoscabar su integridad corporal o su salud física o mental...».

La intervención del médico no cumple la parte subjetiva (elíptica) de la descripción de la acción típica. El «acto sanitario» puede modificar la anatomía o las funciones del organismo sobre el que se produce, pero, por su uso lingüístico, no «lesiona» al paciente; muy al contrario, «cura» una lesión o enfermedad ya existente o «previene» la producción de otras futuras.

Si, consecuentemente, el acto médico o intervención sanitaria (como suma de elementos objetivos y subjetivos) no se adecua lingüísticamente al significado de la palabra «lesión», la falta de consentimiento del paciente resultaría penalmente irrelevante desde el punto de vista de la tutela de la vida, la integridad corporal y la salud, física o psíquica, como bienes jurídicos.

Cuestión completamente diferente es si la imposición de la intervención médica puede constituir un acto contrario a la libertad de decisión de la persona intervenida. El problema se desplazaría, entonces, desde el punto de vista de la tipicidad, a la interpretación del alcance semántico de la expresión «con violencia», utilizada en el párrafo primero del artículo 172 del Código Penal para describir la acción típica del delito de coacciones.

Si se llegase a la conclusión de la tipicidad —lo que es muy discutible incluso adhiriéndose a la interpretación jurisprudencial consolidada desde hace muchos años, pese a su muy dudosa legalidad desde el punto de vista hermenéutico comparado, y partiendo del principio que obliga a una interpretación restrictiva de los términos de la fórmula de la descripción del delito cuando resulten irremediabilmente equívocos— tal vez por motivos de política criminal, en caso de creencia bienintencionada pero indisculpable del profesional sanitario en la legitimidad de su actuación, procedería —de acuerdo con lo establecido por el artículo 14.3 del Código Penal— la conde-

na a una pena inferior en uno o dos grados a la establecida como básica (seis meses a tres años o con multa de seis a veinticuatro meses); y si el error indisculpable versase sobre la prestación misma del consentimiento informado, se alzaría un nuevo problema consistente en la viabilidad de una incriminación de su conducta a título de imprudencia, como procedería de acuerdo con el apartado 1 del artículo 14, ya que legalmente no está tipificada la modalidad culposa del delito de coacciones y, de conformidad con el artículo 12, las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley.

El caso resuelto por la Sentencia 308/2001 arranca de una conducta descuidada, porque acomete la intervención quirúrgica sobre un miembro distinto del enfermo. Obviamente, el paciente no la había consentido respecto de él. La Sentencia parte de una interpretación rígidamente objetivista del artículo 147.1. El cirujano, por negligencia (que cualquiera consideraría grave), causó heridas (quirúrgicas) no consentidas al paciente. Esa intervención fue objetivamente lesiva, pero quiso la suerte que, en su curso, se descubriese una patología inadvertida, que fue tratada aprovechando la intervención inicialmente descuidada.

6. DIVISIÓN HORIZONTAL Y VERTICAL DEL TRABAJO SANITARIO

El principio de división del trabajo se incorpora a la moderna actividad sanitaria por sus reconocidas ventajas. Sin embargo, también se revela fuente de peligros. CARSTENSEN identifica los siguientes:

- a) Peligros derivados de la deficiente cualificación técnica de algunos intervinientes o colaboradores: el jefe del equipo ha de tomar, para con-
jurarlos, medidas de vigilancia, instrucción y control.
- b) Peligros derivados de una deficiente comunicación entre los intervinientes y entre el jefe del equipo y sus colaboradores. Para prevenirlos conviene extremar la diligencia en la llevanza del libro de visitas, el historial y la hoja del enfermo, y la constancia escrita de las instrucciones dadas por el jefe del equipo a sus colaboradores o auxiliares.
- c) Peligros derivados de una coordinación defectuosa.

Jesús Fernández Entralgo

- d) Peligros derivados de fallos de organización.
- e) Peligros derivados de una deficiente valoración de la capacitación o conocimientos de los intervinientes en la actividad sanitaria concreta.

WILHELM diferencia:

- (1) una división horizontal del trabajo (entre profesionales que se encuentran en relación de igualdad, realizando cada cual funciones entre sí complementarias: la que media entre cirujano y anestesista puede resultar un acabado ejemplo);
- (2) una división vertical del trabajo (entre profesionales ligados por una relación de jerarquía, como ocurre entre el médico y los auxiliares técnicos sanitarios).

El principio de confianza en la presumible y esperable corrección de la actuación de los colegas y del personal auxiliar, a menos que existan circunstancias que permitan cuestionar la solidez de esa expectativa, no es menos importante. Nacido en el marco de la circulación de vehículos de motor, nada impide — sostiene ENGISCH— su aplicación a la actividad sanitaria. Hoy no es ya concebible que un médico que trabaja en equipo con otros colegas y con una estructura personal auxiliar se ocupe personalmente de todo. Si así lo hiciera — anota STRATENWERTH— seguramente se reduciría al mínimo su riesgo de incurrir en responsabilidad por negligencia, pero no menos seguramente, sería un mal médico. Serán, sin embargo, precisas las correcciones que — como advierte FIESER— reclama la diferencia que entraña que los intervinientes estén previamente relacionados entre sí, y, por conocerse, puedan hacerse una representación aproximada de la capacitación y fiabilidad de cada uno.

6.1. LA DIVISIÓN HORIZONTAL DEL TRABAJO SANITARIO

Muy gráficamente describe WILHELM la división horizontal del trabajo sanitario *«como un mosaico en el que, en un mismo plano, aparecen las piedras estrechamente agrupadas, armonizando recíprocamente, sin conflictos de asentamiento, donde la piedra más pequeña tiene su posición firme y sólida, y todas integran un cuadro cerrado sobre sí»*.

Agustín JORGE BARREIRO ha sintetizado los resultados de los principales especialistas alemanes sobre esta materia, y la doctrina jurisprudencial española aplicable.

Todos los intervinientes se encuentran, en este caso, en relación de igualdad. Cada uno de ellos ha de cumplir cuidadosamente las funciones que le son propias, y que condicionan la eficacia de los restantes (Sentencia 1708/1993, de 7 de julio). El ejemplo tópico es la relación que media entre cirujano y anestesista, cuyas funciones respectivas, dentro del marco de las instituciones de la Seguridad Social, delimitan los artículos 73 y 72 del Reglamento General aprobado por la Orden de 7 de julio de 1972, del Ministerio del Trabajo. No falta, sin embargo, quien —como ENGISCH— sugiere una posición de preeminencia del cirujano. Y no deja de ser persuasivo el argumento que recuerda que los especialistas (STRATENWERTH, FIESER, Agustín JORGE; también, desde luego, ENGISCH) consideran que, en caso de conflicto entre ambos colegas en situación de emergencia, decide el cirujano.

Porque todos están en relación de igualdad, rige el principio de confianza en la corrección de su actuación, salvo que, excepcionalmente (por fallo grave del colega o dudas sobre su cualificación o fiabilidad), exista un riesgo de frustración de esa expectativa optimista, lo que genera para quien mantiene su capacitación, competencia y cuidado, un deber (secundario) de vigilancia y control sobre su colaborador (así, en el caso resuelto por la Sentencia de 10 de octubre de 1979).

6.2. LA DIVISIÓN VERTICAL DEL TRABAJO SANITARIO

Siguiendo fundamentalmente a WILHELM, y el desarrollo de sus ideas por Agustín JORGE BARREIRO, cabe explicar este modelo de distribución de funciones y de responsabilidades con arreglo a la siguiente estructura:

- a) Existe un orden básico jerárquico de distribución de funciones.

Alguna resolución judicial (como la Sentencia de 10 de noviembre de 1980, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo) remite a las normas —fundamentalmente, administrativas— que regulan la materia (por ejemplo, los artículos 58 y 59 de la Orden de 26 de abril de 1973, del Ministerio del Trabajo, que establece el Estatuto del personal sanitario

no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social), pero —como advierte Agustín JORGE— estas normas están desarrolladas por usos e instrucciones complementarias (a las que se remite el artículo 59.18 del Estatuto antes citado) que carecen de uniformidad y varían de un centro a otro.

- b) El médico jefe del equipo lo dirige y coordina, asumiendo una posición que muy expresivamente se ha comparado a la de un director de orquesta (KAMPS) o del capitán de un barco (KORNPROBST).
- c) Como superior jerárquico, mantiene el control y la vigilancia de sus integrantes, a los que imparte las instrucciones pertinentes.
- d) Los auxiliares del equipo, como subordinados, se encuentran en relación de dependencia respecto del jefe del equipo, y deben seguir sus instrucciones.
- e) Dentro de este marco de distribución de competencias, cada miembro del equipo está obligado a observar la diligencia debida en el cumplimiento de su específica función, y está sujeto a responsabilidad igualmente personal en caso de negligencia.
- f) La observancia de las órdenes e instrucciones del jefe del equipo libera al auxiliar de responsabilidad (por concurrir en él una causa de exención por obediencia debida) a menos que aquéllas sean manifiestamente imprudentes, en cuyo caso podrá requerir del superior justificación de su orden, y, en caso de encontrarla patentemente temeraria, abstenerse de seguirla.
- g) El jefe del equipo puede —cumpliendo ciertas condiciones— delegar sus funciones en el personal auxiliar, lo que supone un desplazamiento de competencias y también de responsabilidad. El médico no puede delegar en personal auxiliar funciones que son de la personal y exclusiva incumbencia de aquél, o de persona con titulación equivalente.

Para el caso del anestesista, lo afirma tajantemente la Sentencia TS-1 1708/1993, de 7 de julio; y en la 501/2002, de 27 de mayo, se entiende que no cabe que, por el facultativo demandado, se eluda su ineludible obligación de estar presente y asistir al parto, cualesquiera que sean las apariencias de normalidad que presente el mismo, máxime cuando la propia matrona lo avisó de su inminencia.

El deber secundario de control se acentúa cuando surge alguna fuente de peligro:

- g.1. Por falta de cualificación en el personal auxiliar sanitario. Hay resoluciones judiciales (Sentencias de 16 de enero de 1961 y de 26 de octubre de 1983) que comprenden que no se puede imputar a un jefe de equipo responsabilidad por deficiente preparación de personal subalterno de centros sanitarios oficiales que aquél no ha seleccionado, pero ello no le releva de su deber de vigilancia y control, y de dar las instrucciones pertinentes.
- g.2. Por fallos en la comunicación, como ocurrió en el caso resuelto por la Sentencia de 15 de enero de 1986, en que un Médico Adjunto dio unas instrucciones equívocas que dieron lugar a administrar un producto al que el paciente era alérgico; o, en Alemania, con el enjuiciado en la Sentencia de 8 de noviembre de 1910, de su Tribunal Supremo, en que el médico dio en forma poco audible unas indicaciones sobre un medicamento nuevo a una comadrona dura de oído, que las interpretó inadecuadamente.
- g.3. Por deficiencias en la coordinación.

El trabajo del personal auxiliar sanitario puede sintetizarse —siguiendo a HANACK— en tres grandes áreas de actividad:

1. Las que llama «funciones de orden general», de mantenimiento de las instalaciones hospitalarias (piénsese en el arreglo de la sala de operaciones, o en la limpieza y desinfección del material). En este ámbito, el médico jefe del equipo sólo responde si sus instrucciones sobre esta actividad han sido defectuosas o insuficientes.
2. Las funciones de asistencia al enfermo. El médico —resume CARSESTENS— puede confiar, como punto de partida, en que serán cumplidas correctamente. En ocasiones, sin embargo, esta confianza no estará justificada, y tendrá el deber de una especial vigilancia, instrucción y control. Así ocurrirá cuando se trate de un caso especialmente complejo (razones objetivas: las tuvo en cuenta la Sentencia de 15 de enero de 1974, en un caso en que resultaba muy difícil encontrar la vena a un paciente para la colocación de un goteo) o cuando la persona que ha de

Jesús Fernández Entralgo

desempeñar la actividad esté todavía insuficientemente preparada o carezca aún de la experiencia precisa (razones subjetivas: ATS recién incorporada y bisoña): hay circunstancias en las que el médico no puede «confiar ciegamente y de modo excesivo» (en palabras de la Sentencia de 31 de mayo de 1982) en sus ayudantes.

3. Las funciones auxiliares del médico. El jefe del equipo podrá delegar en el personal auxiliar ciertas actividades siempre que la preparación técnica de aquél lo permita. Nunca podrá encomendarse funciones que corresponden al cometido de un médico colaborador.

El enfermero o enfermera o ATS que produce un resultado lesivo para la vida o la salud del enfermo por negligencia en el cumplimiento de sus funciones (de acuerdo con el criterio que impone su particular «lex artis») incurre en responsabilidad. La Sentencia de 18 de octubre de 1982 ratifica la condena de quien preparó un biberón, sin reparar, por descuido, que estaba utilizando un frasco que contenía en realidad (y así se especificaba en una etiqueta, en verdad rudimentaria, adherida a aquél) una sustancia desinfectante, tóxica por vía oral. La Sentencia de 4 de octubre de 1993 recuerda que el personal ayudante no puede mecanizar irreflexivamente el cumplimiento de su cometido, cuando están en juego la vida y la salud de las personas. La Sentencia de 26 de octubre de 1983 responsabiliza a una enfermera por descuido en el cumplimiento de instrucciones para el cuidado de un paciente durante el período postoperatorio, descargando de ella al cirujano, por tratarse de una actividad perfectamente delegable en aquélla.

7. LA PRUEBA

En el proceso penal, aun no existiendo una regla expresa de distribución de la carga de la prueba, la afirmación interina (o, si se prefiere, la presunción —impropia— «*iuris tantum*») de inocencia, consagrada por el inciso final del apartado segundo del artículo 24 de la vigente Constitución Española, descarga sobre la parte que desempeña la función procesal acusadora la exigencia de probar, más allá de toda duda razonable, los hechos fundamentadores de la realidad de un hecho constitutivo de delito (y, en su caso,

de una cualificación agravatoria del tipo básico o de una circunstancia agravante) y los de la participación culpable de la persona acusada. En caso de no lograr acreditar, con aquella certidumbre que descarta cualquier duda razonable, la pretensión punitiva (y, en su caso, la resarcitoria anexa a ella) se vería desestimada.

Sobre la persona acusada pesa la carga de acreditar, con el mismo grado de certidumbre, los hechos fundamentadores de cualquier causa de exención o atenuación de su responsabilidad.

En algunas ocasiones, las Defensas enfatizan que se obliga a sus respectivos patrocinados a demostrar la veracidad de su coartada, contra el principio —de vigencia secular— que impone esa obligación —o más exactamente, carga— a quien afirma la realidad de un hecho («*Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*», fragmento atribuido a Paulo en el *Digesto*, XXII, 3.2), tópicamente, al actor («*Semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit*»: Marciano en el *Digesto*, XXII, 3.21).

Sin embargo, estas reglas que inspiraron el antañón «solemnis ordo iudiciorum» del Derecho Común, significan únicamente que cada parte ha de probar convincentemente los hechos cuya realidad afirma en apoyo de la prosperabilidad de su respectiva posición procesal. De ahí que también el demandado o el acusado ha de probar las que hace en defensa de la suya. Eso quiere decir otro fragmento supuestamente de Ulpiano, recogido en el *Digesto* (XLIV, 1.1): «*Reus in exceptione actor est*».

Con rara coincidencia los civilistas y la doctrina jurisprudencial civil interpretaron el hoy derogado artículo 1215 del Código Civil como norma que consagra que incumbe la prueba de (los hechos constitutivos de) las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de (los hechos determinantes de) su extinción, al que la opone.

La convicción, muy generalizada (aunque no indiscutida), de que en el proceso penal ha de procurarse por todos los medios legítimos la fijación de lo verdaderamente sucedido más allá de toda duda razonable, sin permitir que las partes configuren según sus propios intereses privados el hecho conflictivo sometido a juicio del órgano jurisdiccional (principio denominado «*de la verdad material*»); y si, en aras de este ideal, se admite una cierta iniciativa judicial para proponer prueba (de acuerdo con el constitucionalmente atormentado artículo 729 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), ello no significa

Jesús Fernández Entralgo

que las manifestaciones que el acusado —beneficiado por la afirmación interina de su inocencia, consagrada por el inciso final del apartado segundo del artículo 24 de la vigente Constitución Española— haga en su descargo hayan de ser creídas sin necesidad de prueba de su veracidad.

Muy al contrario, si es cierto que la Acusación ha de acreditar, más allá de toda duda razonable, los hechos constitutivos de la responsabilidad penal del acusado, esto es, la realidad de que ocurrieron aquéllos que completan todos los elementos objetivos y subjetivos de una determinada infracción penal, así como de la autoría (culpabilidad «procesal») de la persona imputada y de su culpabilidad «sustantiva», una doctrina jurisprudencial inalterada durante decenios exige que el acusado pruebe no menos cumplidamente que son ciertos los hechos que alega para eximirse de responsabilidad penal.

No se debe confundir el efecto de la afirmación constitucional interina de inocencia sobre la distribución de la carga de la prueba entre las partes del proceso penal con la aplicación del principio que impone que, siempre que no sea posible, al órgano jurisdiccional, resolver las dudas que tuviera sobre la prueba, deberá decidir en el sentido más favorable al acusado (trasladando los términos en que se expresa el artículo 54.2 de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado); principio que se resume en la fórmula latinizada «in dubio, pro reo».

Estas ideas inspiran la doctrina jurisprudencial construida en torno a estos problemas.

En la Sentencia (TS-2) 75/2000, de 16 de junio, se lee:

«...Es doctrina de esta Sala, manifestada, entre otras, en las sentencias de 9-5-89, 30-9-94, 2-4-96, 20-5-97, 12-5 y 3-7-98, que el verdadero espacio del derecho a la presunción de inocencia abarca dos extremos fácticos, la existencia real del ilícito penal y la culpabilidad del acusado, entendida como sinónimo de intervención o participación en el hecho, no en el sentido normativo de reprochabilidad jurídica penal. Los extremos fácticos amparados por la presunción de inocencia, son los sustentadores de la acusación penal, incumbiendo a las partes acusadoras la carga de la prueba de tales datos. No se hallan en cambio amparados por la presunción de inocencia los extremos fácticos en que se apoyan circunstancias eximentes o atenuantes alegadas por la defensa, ya que no cabe atribuir al Ministerio Fiscal la carga de la prueba de tales datos...».

El Auto (TS-2) 1129/2002, de 16 de mayo, insiste en que «...[la] jurisprudencia de esta Sala (cfr. SS, de 30-11-1992, 23-10-1996, 13-3-1997 y 1604/1999, de 16-11) viene declarando que el derecho a la presunción de inocencia carece de aplicación en lo que se refiere a los presupuestos fácticos de las causas de extinción o atenuación de la responsabilidad criminal; no puede así servir de cobertura a las circunstancias eximentes y atenuantes, pues el ámbito de la presunción de inocencia afecta a la realidad de los hechos incriminados y a la participación en ellos, como autor, cómplice o encubridor de la persona acusada. La existencia o no de una eximente es una cuestión de hecho que debe ser apreciada o no, en función de las pruebas existentes en la causa cuya valoración corresponde al órgano juzgador de instancia, que en el presente caso consideró que no resultaron suficientemente acreditados los hechos constitutivos de la eximente incompleta (cfr. Fundamento de derecho Tercero). La presunción de inocencia versa, por tanto, sobre la existencia de hechos tipificables como delito y la atribución de su autoría a la persona inicialmente acusada de ellos. La valoración de las circunstancias extintivas y modificativas de la responsabilidad criminal son cuestiones fácticas que deben ser derivadas hacia el error de hecho cuando se estima que no han sido debidamente ponderados los elementos probatorios existentes o sobre el error de derecho cuando no se haya realizado correctamente la subsunción de los hechos probados en alguna de las circunstancias que pudieran ser aplicables...».

Resulta especialmente interesante la explicación contenida en el Auto (TS-2) 1047/2002, de 6 de mayo.

«...[E]l principio de presunción de inocencia implica las siguientes consecuencias:

- a) Que inicialmente debe presumirse la inocencia de toda persona acusada, en tanto tal presunción de naturaleza “*iuris tantum*”, no haya sido desvirtuada.
- b) Que, en principio, únicamente pueden servir para desvirtuar dicha presunción las pruebas practicadas en el juicio oral, con las debidas garantías legales y constitucionales, bajo los principios de inmediación, oralidad, publicidad y contradicción (artículo 120.1 y 2 CE).
- c) Que corresponde a las partes acusadoras la carga de la prueba (el acusado no tiene que probar su inocencia).

Jesús Fernández Entralgo

- d) *Que la valoración de las pruebas es competencia propia y exclusiva del órgano jurisdiccional (artículos 117.3 CE y 741 LECrim).*
- e) *Que el juzgador deberá motivar suficientemente la sentencia (artículo 120.3 CE) (STS de 11 de junio de 1997). Es incuestionable que la presunción de inocencia que inicialmente ha de ser reconocida a todo acusado puede ser desvirtuada desde que el Tribunal disponga de suficiente prueba de cargo, obtenida con las debidas garantías legales y constitucionales, la cual tanto puede ser directa como indirecta o indiciaria, siempre claro es que, en este último supuesto, el órgano judicial, cumpliendo el deber de motivar las resoluciones judiciales, explice las razones que le han llevado desde los indicios al hecho que se declare probado, con respeto de las reglas del criterio humano (artículo 1253 CC), de forma que su conclusión al respecto no pueda ser tachada de absurda o arbitraria (STS de 12 de marzo de 1998). En la actualidad la referencia efectuada al artículo 1253 CC, hay que entenderla hecha al artículo 386.2 de la LEC, por haber derogado este texto legal el precepto sustantivo anteriormente citado.*

...La doctrina procesal sobre la carga de la prueba obliga a cada parte a probar aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el “onus” de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impositivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado, hechos impositivos que es insuficiente invocar sino que debe acreditar probatoriamente el que los alegue, pues no están cubiertos por la presunción de inocencia, ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas...».

Y añade: «...Una cosa es el hecho negativo, y otra distinta el impositivo, pues no es lo mismo la negación de los hechos que debe probar la acusación que la introducción de un hecho que, aun acreditados aquéllos, impida sus efectos punitivos, pues esto debe probarlo quien lo alega ya que el equilibrio procesal de las partes impone a cada una el “onus probandi” de aquello que

pretende aportar al proceso, de modo que probados el hecho y la participación en él del acusado que es la carga probatoria que recae sobre la acusación, dicha carga se traslada a aquél cuando sea él quien alegue hechos o extremos que eliminen la antijuridicidad, la culpabilidad o cualquier otro elemento excluyente de la responsabilidad por los hechos típicos que se probaren como por él cometidos (SSTS de 9 y 15 de febrero de 1995).

En otras palabras, la defensa no debe limitarse a adoptar un posicionamiento meramente pasivo o de mero rechazo de la acusación, sino que debe intervenir activamente en relación a la acreditación de aquellos hechos que pueden favorecer sus pretensiones, en virtud de los principios procesales “onus probandi incumbit qui dicit non ei qui negat” y “afirmanti non neganti incumbit probatio, negativa non sunt probanda”, y menos aún en el caso que nos ocupa en el que se trataba nada y nada menos que de la exclusión del elemento subjetivo del tipo penal aplicado...».

Aplicando estos principios al ámbito sanitario, se puede concluir que, sobre la parte acusadora carga la prueba de los siguientes hechos:

- a) la práctica de una intervención sanitaria por la persona acusada;
- b) la producción de un resultado de muerte o de menoscabo de la integridad corporal o de la salud (física o psíquica) de la persona sobre la que se practicó la intervención;
- c) el nexo de causalidad (material) que permite afirmar que la muerte o la lesión fueron causadas por la intervención sanitaria llevada a cabo por la persona acusada;
- d) la inobservancia de la norma de correcta realización técnica de la intervención atendidas las circunstancias del caso («lex artis ad hoc»); y
- e) la relación de imputación (jurídica) objetiva, que permite afirmar que el resultado no se hubiera producido de haberse observado la norma que establece el deber de cuidado (ortopraxis) que permite evitar precisamente resultados como el causado.

La Sentencia (TS-1) 667/2002, de 2 de julio, advierte que, pese a lo que pudiera sugerir la lectura de algunas resoluciones recientes —todas ellas de la Sala Primera del Tribunal Supremo (de 17 de noviembre y 20 de diciembre de 1989, 8 de mayo y 6 de noviembre de 1990 y 20 y 21 de febrero de 1992)—,

Jesús Fernández Entralgo

en sede de responsabilidad de los médicos no se admite, por lo general, presunciones de culpa o inversiones de la regla ordinaria de distribución de la carga de la prueba.

Pocos días después, la 759/2002, de 31 de julio, de la misma Sala, no dudaba en afirmar que *«...[la] doctrina jurisprudencial de este Tribunal ha repetido con insistencia, que si bien el art. 1902 del Código civil descansa en un básico principio culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo los cuidados y prevenciones reglamentarios, sino además todos aquellos que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso, con inversión de la carga de la prueba y presunción de conducta en el agente, así como la aplicación de prudentes pautas de la responsabilidad basada en el riesgo, aunque sin erigirse en fundamento único de la obligación de resarcir —sentencias de 2 de abril de 1986, 19 de julio de 1987, 16 de febrero y 16 de julio de 1988 y 20 de enero de 1992...»*.

Y añade: *«...La sentencia de 2 de diciembre de 1996 hace una importante declaración sobre la carga de la prueba, por la posición ventajosa en que se encuentran los facultativos frente a las víctimas o perjudicados y donde, por otra parte, el resultado acaecido aparece como desproporcionado al menos en un Centro Sanitario, cual recogen las sentencias de 29 de junio y 9 de diciembre de 1999...»*.

A esta sentencia —entre otras— se remite la 1288/2002, de 23 de diciembre.

Reprocha a las precedentes sentencias absolutorias haber fundado su decisión *«...en una falta de prueba que despeje la duda causal haciendo recaer sus efectos o consecuencias desfavorables sobre la parte perjudicada —el demandante— que no tenía mas posibilidades de aportación de prueba en orden a tal extremo que las desplegadas, en tanto que, por el contrario, la otra parte —médico ginecólogo— omitió aportar las pruebas que tenía a su disposición, y en su caso las que debía tener, de forma que al facilitar una información adecuada pudiera descartarse la suposición sumamente verosímil acerca del “cómo” y “porqué” de la grave lesión del recién nacido. No se trata de exigir la prueba de la causa, sino la de desechar la hipótesis que sin estar dotada de certeza aparece como más razonable, y revestida de la verosimilitud que proporciona un juicio de probabilidad cualificada...»*.

Recuerda, poco después, que *«...la doctrina de esta Sala (...) ha venido flexibilizando el rigor de la regla del art. 1214 CC (tal y como se razona en el mo-*

tivo segundo del recurso) haciendo recaer las consecuencias de la falta de prueba sobre la parte que tenía más facilidad o se hallaba en una posición prevalente o más favorable por la disponibilidad o proximidad a la fuente de prueba. Esta doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria (asumida por la LEC 1/2000, en el ap. 6 del art. 217) se recoge entre otras en las Sentencias de 8 marzo y 28 noviembre 1996, 28 febrero 1997, 14 septiembre y 28 octubre 1997, 30 julio 1999, 3 y 29 mayo 2000, 8 febrero 2001. Como consecuencia de ello aunque la doctrina general en sede de responsabilidad sanitaria estima que la prueba de la relación de causalidad (así como la de la culpa) incumbe al paciente, y no al médico (Sentencias, entre otras, 23 febrero y 31 julio 1996; 28 julio y 16 diciembre 1997, 12 marzo —dos— y 14 abril 1999, 23 octubre 2000 y 4 junio 2001), sin embargo, este criterio tiene algunas excepciones, entre las que figuran cuando se produce un daño anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño (SS., entre otras, 16 junio 1989; 2 diciembre 1996; 19 febrero y 9 y 21 diciembre 1999; 31 julio 2002) o se da la situación antes indicada de facilidad o disponibilidad probatoria. En cuanto a este último aspecto cabe citar, entre otras, las Sentencias de 31 de julio de 1996 (indicios muy cualificados por anormales), 2 de diciembre de 1996 (la parte que se halle en mejor posición probatoria por su libertad de acceso a los medios de prueba), 28 julio 1997 (la mejor posición probatoria en el supuesto de que surjan complicaciones que no son consecuencia natural o previsible del propio curso de la enfermedad no puede excusar de contribuir activamente a probar que no hubo negligencia o imprevisión por su parte), 19 febrero 1998 (que alude a la obstrucción o falta de cooperación del médico cuando el daño al paciente es desproporcionado), 29 julio 1998 (cuando se debían haber ofrecido explicaciones convenientes de los hechos), 28 diciembre 1998 y 19 abril 1999 (la carga de la prueba recae sobre el profesional de la medicina por ser quien se halla en una posición más favorable para conseguir su prueba) y recientemente 31 julio 2002...».

En esta Sentencia se entremezclan dos problemas diferentes, cuales son el valor indiciario de la producción de lo que se denomina un resultado dañoso anormal y desproporcionado entre la intervención médica y el daño, por un lado, y la ocultación maliciosa de fuentes de prueba de cargo (en este caso, acreditativas de hechos fundamentadores de la demanda) por la parte perjudicada por ellas, quien las tiene en su poder.

En la Sentencia (TS-1) 63/2003, de 31 de enero, se enfatiza el primero de los puntos de vista. En ella se argumenta que «...[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 *Ansheinsbeweis* (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”...».

«...[En] el caso presente el médico demandado ha realizado una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no ha acreditado la causa de éste, que sea ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringe, en este sentido, el artículo 1902 del Código civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales (“...cuyo origen podría encontrarse...”, “hay ocasiones en que se producen...”, “no cabe descartar la producción...” “posiblemente... la evolución del paciente hubiera tenido...”) que nada expresan sobre hechos probados que es lo que sí le corresponde hacer...».

La Sentencia no obtuvo el respaldo unánime de los miembros del Tribunal. Uno de los Magistrados formuló un voto particular discrepante.

En su último apartado se ocupa de «...la doctrina jurisprudencial del “resultado desproporcionado” como elemento que justifica una inversión de la carga de la prueba desplazando sobre el médico o cirujano demandado la demostración de su propia diligencia, [advirtiendo que] es necesario precisarla en sus justos términos como una técnica correctora que exime al paciente de tener que probar el nexo causal y la culpa de aquéllos cuando el daño sufrido no se corresponda con las complicaciones posibles y definidas de la intervención enjuiciada. De ahí que, con arreglo a esa misma doctrina, no pueda calificarse de “resultado desproporcionado” el daño indeseado o insatisfactorio pero encuadrable entre los riesgos típicos de la intervención, esto es, entre las complicaciones que sean posibles aun observando el cirujano toda la diligencia exigible y aplicando la técnica apropiada. Y es que, en definitiva, la responsabilidad del cirujano en virtud del artículo 1902 del Código Civil sólo puede fundarse en su culpa o negligencia: por eso habrá de responder incluso del riesgo típico si el daño se debió a su actuación descuidada o a la aplicación de técnicas inapropiadas (SSTS 26-11-01 en recurso 2245/96 y 11-4-02 en recurso núm. 3422/96), pero en cambio no lo hará de ningún daño, por desproporcionado que parezca, si prueba que no fue debido a su negligencia (SSTS 20-3-01 en recurso núm. 567/96 y 23-3-01 en recurso núm. 954/96); y por eso, también, responderá civilmente el cirujano que, decidiendo intervenir a un enfermo terminal, no aplique una técnica adecuada o descuide la atención en el postoperatorio, adelantando con ello la muerte del paciente o aumentando su sufrimiento antes de morir (STS 11-4-02 en recurso núm. 3422/96). De otro modo, es decir, si se cae en un excesivo reduccionismo que minimice el elemento de la culpa embebiéndolo en el nexo causal, como igualmente podría hacerse, dando un paso más, en el de la acción u omisión, se desvaloriza esta materia hasta despojarla de lo que para nuestro Derecho civil constituye la clave del juicio de responsabilidad...».

No se puede pedir mayor claridad ni lógica. Se toma en consideración no tanto la gravedad del daño resultante de la intervención sanitaria como la ausencia de registro de aquél entre los riesgos propios de dicho acto médico. En definitiva, la responsabilidad del profesional se infiere de una doble fuen-

Jesús Fernández Entralgo

te probatoria: la pericial (que informa sobre los riesgos característicos de la intervención) y la presunción judicial que infiere de ello (y, habitualmente, de la resistencia de la parte demandada o acusada a poner a disposición del órgano jurisdiccional toda la documentación clínica de que dispone) que el resultado mortal o lesivo sólo pudo haber sido producto —por exclusión— de una conducta negligente del profesional.

La importancia de la desvaloración de la conducta maliciosamente obstruccionista del demandado (con arreglo a lo establecido por el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) es patente en la Sentencia (TS-1) 329/2003, de 7 de abril.

La parte recurrente señaló que la Audiencia Provincial había partido de la premisa de que la carga de la prueba recae exclusivamente sobre la parte demandante y aun entendiendo que se han probado los daños causados, considerando que la actora no había acreditado la existencia de culpa o negligencia del demandado y mucho menos la del nexo causal, basándose solamente en determinados datos y sin tener en cuenta otros que están suficientemente demostrados.

Se denunciaba, en el recurso, la infracción de la doctrina jurisprudencial que permite la atenuación del rigor de las reglas sobre carga de la prueba, en supuestos de responsabilidad médica, cuando se evidencia que se ha obstaculizado al perjudicado la obtención de elementos probatorios o simplemente existe notoria desproporción entre el esfuerzo que ha de realizar aquel para demostrar la negligencia del demandado y la facilidad con que éste podría acreditar su diligencia.

El tribunal casacional explica que se argumenta que *«...en el presente caso la recurrente no ha logrado que se incorporara a los autos toda su historia clínica, por lo que se desconoce el resultado de los análisis que le practicó el médico demandado, así como la clase de tratamiento que le fue suministrado por éste durante los seis meses siguientes a la operación, y, en consecuencia, se ignora si realmente se ha producido una infección y, caso afirmativo, si ésta ha sido tratada correctamente...»*.

El tribunal casacional desestima el recurso porque, revisando los antecedentes disponibles, comprobó que se había emitido *«...un amplísimo informe por el perito que salió elegido entre los tres insaculados, sin que respecto al mismo se hubiese alegado la existencia de algún motivo de recusación.*

Además, dicho perito, tras contestar con todo detalle a los puntos precisados por los litigantes y por el Juzgado se ha sometido en la diligencia de ratificación de su informe a las aclaraciones que tanto el Juez como una y otra parte tuvieron a bien formularle.

Ciertamente falta constancia documental de las actuaciones llevadas a cabo por el demandado en periodos inmediatamente anteriores y posteriores a la intervención de miringoplastia que llevó a cabo, pero no existe el menor indicio de que las mismas fueran negligentes o contraindicadas, ya que concretamente la «elevación» del injerto según manifiesta el perito se produce, a veces, con independencia de cualquier infección y, en otras ocasiones, como consecuencia de ella y raramente obedece a colocación defectuosa.

En cuanto a las infecciones postoperatorias se afirma que son bastante comunes y se deben normalmente a las condiciones reinantes en la cavidad y a las condiciones cambiantes durante el periodo de cicatrización, produciéndose habitualmente por pseudomonas, cuyo tratamiento en la época de autos era casi exclusivamente la gentamina; sin que la aplicación de esta justifique la aparición de hipoacusia unilateral pues ésta, de producirse por esa causa, tendría que ser bilateral y simétrica.

Finalmente se dice que la aparición de dos colesteatomas en los meses siguientes a la miringoplastia hacen pensar en la posibilidad de que los mismos ya existieran anteriormente, aclarando que aunque la causa profunda de la aparición de estos colesteatomas es hoy por hoy desconocida, resulta increíble que la misma obedezca a un injerto timpánico que no quedara en su sitio.

Como resumen de cuanto queda expuesto cabe concluir que la actora ha podido llevar a cabo una muy amplia actividad probatoria, como resultado de la cual figura en los autos una larga serie de documentos relativos a las intervenciones que le han sido practicadas y a los tratamientos a que ha estado sometida, además de la completa prueba pericial médica que hemos resumido.

No hay necesidad, por ello de acudir a una inversión de la carga probatoria que no se considera justificada, ni a establecer una presunción de culpabilidad contra el médico demandado carente de todo fundamento...».

Jesús Fernández Entralgo

La Sentencia (ahora, TS-2) 1828/2002, de 25 de octubre, a propósito de la condena por daños derivados de unos vertidos industriales, embarulla innecesariamente el planteamiento y la solución de los problemas de determinación de los nexos causal material y de imputación objetiva, utilizando la pauta de la denominada “causalidad estadística».

«...La sentencia de instancia, de cuyos hechos probados debe partirse necesariamente, (...) declara probada la existencia de una relación de causalidad entre el vertido de residuos realizado en los campos próximos a la piscifactoría y la contaminación de los pozos de ésta con TCE (...) Basta añadir que la posible concurrencia de otras causas a la producción del resultado (los posibles vertidos de alguna de las empresas menores investigadas por el SEPRONA) no puede excluir la causalidad respecto de la condición adecuada para la producción del resultado puesta en marcha por los recurrentes (de hecho, la Sentencia recurrida lo descarta).

La argumentación de la parte recurrente se reproduce cuando se hace referencia a la producción del resultado de muerte de los alevines que estaban siendo criados en la piscifactoría (que “sufrió el 24 de abril de 1997 la muerte de 301.000 alevines de dorada”), pues se insiste en que tampoco en esta ocasión se justifica la existencia de la imprescindible relación de causalidad. Pero tampoco este argumento puede ser acogido: Tal y como ha declarado la jurisprudencia, debe afirmarse la existencia de una relación de causalidad (denominada causalidad estadística) en el caso de los cursos causales no verificables (aquéllos en los que no se dispone de prueba científico-natural) “cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas. Tales condiciones son suficientes para garantizar una decisión racional del caso desde el punto de vista del Derecho Penal” (STS de 23 de abril de 1992). Y en el caso de autos se produjo la causación de una pluralidad de resultados de muerte; se llevó a cabo un experimento que, si bien no ha permitido conocer con precisión cuál fue el mecanismo causal, puso de manifiesto que la disolución de TCE en el agua determinaba la muerte de los peces del experimento; y se excluyó, mediante comprobación científica “una infección vírica o bacteriana” (fundamento de Derecho segundo de la sentencia recurrida) concluyéndose por el Tribunal de instancia que “aunque no consta la realización de una necropsia sobre dichos peces, es claro que dicha muerte

no se produjo por causas biológicas naturales”. En suma, se declara probada de una forma jurídicamente inobjetable la existencia de relación de causalidad entre la contaminación de los pozos por TCE a causa de los vertidos, y la muerte de los peces que estaban siendo criados en la piscifactoría.

Aduce finalmente la parte recurrente que no precisa la sentencia recurrida cuál fue la acción del recurrente determinante de la producción de los daños por los que se le condena. Pero tal apreciación tampoco puede ser compartida: (...) la responsabilidad del recurrente deriva de que no hizo lo que debía para evitar tal resultado, es decir, de un supuesto de comisión por omisión. Ciertamente la fundamentación no es clara en lo referente al tipo subjetivo, pero puede ser fácilmente derivada del conjunto de las argumentaciones que hace el Tribunal de instancia: estima que el recurrente no conoció, cuando no evitó pudiendo hacerlo que se hicieran los vertidos, que tal acción creaba un riesgo concreto de causación de daños a la piscifactoría que se suministraba agua de los pozos de la zona; pero, vistas las características de los vertidos realizados, era forzosamente consciente de la elevadísima peligrosidad abstracta de su comportamiento, y por ello la posible causación de daños derivados del mismo le era cognoscible y, por tanto, evitable. Es decir, los daños deben entenderse causados por imprudencia, como sostiene la sentencia de instancia, y no dolosamente...».

Intentando poner un poco de orden expositivo y argumental en la desordenada motivación del fallo, se podrían establecer las siguientes consideraciones:

- a) El acusado ordenó la práctica de unos vertidos industriales en terrenos próximos a las fuentes de aprovisionamiento de agua de una piscifactoría.
- b) Dadas las circunstancias del caso, esos vertidos producían un elevado peligro de que cierto producto químico componente de los vertidos llegase a inficionar las aguas de la piscifactoría.
- c) La preparación técnica del acusado permite inferir —con arreglo a la experiencia común asistida por la correspondiente prueba pericial— que estaba en condiciones de prever el peligro que representaba ese producto para la vida de los peces de la piscifactoría.
- d) La prueba pericial demostró que ese producto era mortalmente tóxico para los peces: la certidumbre científica de esta conclusión derivó de los resultados estadísticos de los experimentos practicados para comprobarlo.

Jesús Fernández Entralgo

- f) No existen indicios de otra posible causa con eficacia nociva prevalente a la que representaban los vertidos.
- g) Otros vertidos concurrentes carecían de ese mismo grado de nocividad por sí solos.

En consecuencia, cabe concluir, más allá de toda duda razonable, que los vertidos realizados ilegalmente en las tierras próximas a la piscifactoría, a pesar del elevado riesgo de contaminación de las aguas de las que se surtían, produjeron —no intencionadamente, pero sí por grave negligencia— la muerte de un elevado número de alevines que se conservaban en los depósitos de dicha piscifactoría.

La pauta de la «causalidad estadística» no afecta, por ello, tanto a la determinación misma del criterio de fijación del nexo causal, como al juicio de validez científica de un experimento pericial para concluir la toxicidad del producto vertido sobre la fauna piscícola.

La prueba del nexo de causalidad material y de la imputación objetiva así como de la observancia o inobservancia de la «lex artis ad hoc» exigen la práctica de prueba pericial.

La existencia de protocolos relativos a la actividad desarrollada por el profesional acusado constituye una herramienta utilísima para verificar su adecuación a la «lex artis».

Alberto JORGE explica que, «...si se pondera que en los protocolos suelen plasmarse normas técnicas actualizadas y recomendadas por expertos en el tema para obtener una correcta praxis médica, no puede dudarse que su aportación al proceso constituye una enorme ayuda para dilucidar el criterio de lex artis aplicable al supuesto fáctico que se juzga. Desde esta perspectiva, parece aconsejable que el juez de instrucción que lleva la investigación una a la causa los protocolos actualizados relativos a la cuestión pericial médica que se discute, si los hubiere. Con ello no quiere decirse que sea el propio estamento médico el que determine el deber de cuidado a través de sus propias normas técnicas. pero sí parece adecuado y conveniente que en el proceso figuren las normas técnicas que los profesionales consideran idóneas para la práctica correcta de la conducta enjuiciada. De modo que se aporten como parámetros a analizar por los peritos designados, sin que, por supuesto, se los equipare eo ipso con la lex artis correcta. Entre otras razo-

nes, porque siempre es factible que el protocolo aportado resulte obsoleto o anticuado o que genere un riesgo para la salud del paciente superior al que la sociedad debe permitir. Por consiguiente, será el juez, finalmente, el que dirima, auxiliado por los peritos, cuál es el cuidado a observar en el caso concreto y si la conducta del profesional se ha ajustado o no a la diligencia y cuidado exigibles...». Por eso, CORCOY BIDASOLO (seguido por Alberto JORGE) advierte que la verificación de la infracción de las reglas de correcta actuación técnica («lex artis») es únicamente indiciaria de la inobservancia del deber objetivo de cuidado, juicio que corresponde, en definitiva, al órgano jurisdiccional, valorando toda la información disponible y teniendo en cuenta la totalidad de las circunstancias del caso.

Parece oportuno, en fin, hacer tres observaciones adicionales.

La primera, la utilidad de practicar conjuntamente el informe de los eventuales varios peritos concurrentes. La confrontación (careo) entre sí en caso de discrepancia puede ser un método extraordinariamente eficaz para descubrir los puntos fuertes y los débiles de cada uno de ellos.

Conviene abandonar el prejuicio contra el perito designado por una de las partes. «Perito de parte» es aquel profesional en el que ésta confía, estando obligado a emitir su parecer científico con honradez e imparcialidad. No es de recibo atribuir prevalencia a los peritos que desempeñen una función o cargo públicos periciales, por cuya razón intervienen en el proceso, exclusivamente por presuponerseles sólo a ellos neutralidad en el conflicto entre partes. La presunción de imparcialidad y de honradez profesional beneficia a toda clase de peritos.

La Sentencia 528/2003, de 8 de abril, deja claro que «...*la Sala sentenciadora puede de forma razonada decantarse por aquel que le ofrezca un mayor grado de certeza en base a las propias explicaciones dadas en el Plenario...*», rechazando la frecuente preferencia arbitraria del informe pericial emitido por expertos públicos, criterio que considera, con razón, «...*un apriorismo inaceptable porque patentiza una sospecha del informe pericial por el hecho de ser presentado por la defensa que no puede aceptarse ni desde la profesionalidad que a todo perito debe suponersele, y porque en definitiva tal implícita descalificación de toda prueba de la defensa no lo consiente el derecho a la presunción de inocencia que le asiste a todo imputado...*».

Jesús Fernández Entralgo

En cuanto a la vinculación del órgano jurisdiccional penal al informe pericial, la Sentencia (TS-2) 1664/2002, de 28 de marzo, reitera una consolidada doctrina jurisprudencial, con arreglo a la cual, esa vinculación se produce «...cuando exista un solo dictamen o varios coincidentes, y no haya otras pruebas [que desvirtúen el parecer de los técnicos]...», o se incorporen como fundamento de la fijación de los hechos probados sirviéndose de ellos «...de modo incompleto, fragmentario o contradictorio o se aparte de ellos sin razones que lo justifique (SS. 1498/00, de 30 de septiembre y 1873/02 de 15 de noviembre)...».

BIBLIOGRAFÍA

ALMELA VICH, C., «La responsabilidad civil del médico y del cirujano», *Revista del Poder Judicial*, 48, 1997, pp. 235 y ss.

ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1985.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, XX-XII, I, Enero-Abril, 1980, pp. 491 y ss.

— «Agresión médica y consentimiento del paciente», *Cuadernos de Política Criminal*, 25, 1985, pp. 127 y ss.

— *Manual de Derecho Penal. Parte Especial (Delitos contra las personas)*, Ceura, Madrid, 1986.

BAJO FERNÁNDEZ, M., «Prolongación artificial de la vida y trato inhumano o degradante», *Cuadernos de Política Criminal*, 51, 1993, pp. 709 y ss.

BRAGE CAMAZANO, J., «El anteproyecto de Código Penal, la eutanasia y la virtual inconstitucionalidad del artículo 147.4», revista jurídica *Tapia*, núm. 67, diciembre de 1992, pp. 88 y ss.

BRENNAN, T.A., «Patients and Health Care Workers», *AIDS Law Today. A New Guide for the Public*, Yale University Press, New Haven & Londres, 1992, pp. 377 y ss.

BUENO ARÚS, F., «El rechazo del tratamiento en el ámbito hospitalario», *Actualidad Penal*, 1991-2, pp. 395 y ss.

BUSTOS RAMÍREZ, M., *Manual de Derecho Penal, Parte General*, Edit. Ariel, Barcelona, 1989.

CARRASCO GÓMEZ, J.J., *Responsabilidad médica y psiquiátrica*, Madrid, Colex, 1989.

COBREROS MENDAZONA, E., *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, Oñati, 1988.

— «Notas acerca de los requisitos jurídicos de un eventual tratamiento sanitario obligatorio (A propósito de los enfermos del sida)», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, número 57, enero/marzo 1988, pp. 59 y ss.

CORCOY BIDASOLO, M., «El delito imprudente (criterios de imputación del resultado)», PPU, Barcelona, 1989.

DALTON, H.L., «Criminal Law», en *AIDS Law Today. A New Guide for the Public*, Yale University Press, New Haven & Londres, 1992, pp. 242 y ss.

DE LORENZO, R., «Responsabilidad y protección jurídica del profesional en VIH/SIDA», en *III Congreso Nacional sobre el SIDA*, SEISIDA, 6-3, 1995, pp. 253-254.

DE VICENTE REMESAL, J., *Consentimiento y acuerdo: ¿causa de exclusión de la tipicidad o de la antijuridicidad?*, Madrid, 1995 (ejemplar mecanografiado).

ESPINOSA LABELLA, M., «Las transfusiones de sangre a los Testigos de Jehová: un conflicto entre el médico y el enfermo», *Actualidad Penal*, núm. 46/96, de diciembre, pp. 943 y ss.

FAIREN GUILLÉN, V., «Reglas de la sana crítica y casación (Sobre la sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1990)», *Revista de Derecho Procesal*, 1991-I, pp. 7 y ss.

FERNÁNDEZ BERMEJO, M., «Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 132, de 13 de enero de 1994.

FERNÁNDEZ SANCHÍS, R., «Responsabilidad civil médico sanitaria». Leción pronunciada en la sesión de apertura del curso 93-94 de la Escuela de

Jesús Fernández Entralgo

Práctica Jurídica del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Editada y publicada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

FOX, D.M., «Physicians versus Lawyers: A Conflict of Cultures», en *AIDS Law Today. A New Guide for the Public*, Yale University Press, New Haven & Londres, 1992, pp. 367 y ss.

GALÁN CORTÉS, J.C., «La responsabilidad civil y penal del médico anestesista», *La Ley*, XVI, 1995.

GÓMEZ PAVÓN, P., *Medicina y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona,

GRACIA GUILLÉN, D., «Lós médicos y el SIDA. Problemas éticos de la asistencia médica», en Gafo, J. (ed.), *El SIDA, un reto a la sanidad, la sociedad y la ética*, Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1989, pp. 113 y ss.

— «Responsabilidad ética y responsabilidad jurídica del personal sanitario», en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990. Madrid, 10 a 14 de diciembre*, Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1992, pp. 115 y ss.

GRACIA GUILLÉN, D. / LÓPEZ TIMONEDA, F. / JORGE BARREIRO, Alberto, «Jurisprudencia y Lex artis», en *Responsabilidad del personal sanitario, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995, pp. 51 y ss.

JORGE BARREIRO, Agustín, *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

JORGE BARREIRO, Alberto, «La imprudencia profesional», *Cuadernos de Derecho judicial, La imprudencia*, edita Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., «El consentimiento informado», *Cuadernos de Derecho Judicial, Responsabilidad del Personal Sanitario*, CGPJ y Ministerio de Sanidad y Consumo, noviembre de 1994, pp. 273 y ss.

LUTTGER, H., *Medicina y Derecho Penal*, Edersa, Madrid, 1984.

LUZÓN PEÑA, D.M., «Estado de necesidad e intervención médica (o funcionarias o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y de autolesión: algunas tesis», *La Ley*, 1988-I, pp. 992 y ss. (reproducido en *Estudios Penales*, PPU, Barcelona, 1992, pp. 173 y ss).

— «El funcionario de prisiones ante el SIDA: derechos y deberes», *VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas*, Consejería de Gobernación, Junta de Andalucía, 1991, pp. 87-95.

MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «La pericia médica en el recurso de casación», en *Revista Española del daño corporal*, I, 1995, 1, pp. 22 y ss.

MARTÍNEZ CALCERRADA Y GÓMEZ, L., *Derecho Médico*, Tecnos, Madrid, 1986.

— *La responsabilidad civil médico-sanitaria*, Colección Jurisprudencia Práctica, 35, Tecnos, Madrid, 1992.

— «Responsabilidad médica en su dualidad funcional: cirugía asistencial, cirugía satisfactiva (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994. Juego de la *lex artis ad hoc*)», *La Ley*, XVI, 3823, 14 de julio de 1995, pp. 1 y ss.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.A., *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Colex, Madrid, 1994.

PEDREIRA ANDRADE, A., «Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios. Distintas vías de actuación», en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990. Madrid, 10 a 14 de diciembre*, Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1992, pp. 199 y ss.

PELAYO PARDOS, S., «Sida: Algunos aspectos puntuales, relacionados con el derecho laboral y de seguridad social, y derecho sanitario», en *Problemas del tratamiento jurídico del Sida*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho Penal. I. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.

— «El consentimiento en las lesiones en el Proyecto de Código Penal de 1980», *Cuadernos de Política Criminal*, 17, 1982.

— *El Médico ante el Derecho*, Edit. Centro de Publicaciones, Documentación y Biblioteca del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986.

— «Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del Derecho Español», en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990. Madrid, 10 a 14 de diciembre*, Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1992, pp. 171 y ss.

Jesús Fernández Entralgo

— «Responsabilidad médico-sanitaria y sida (I)», *Jano*, 29 de enero - 4 de febrero 1993, vol. XLIV, núm. 1034, pp. 259-260.

RUIZ VADILLO, E., «La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la medicina», *Actualidad Penal*, núm. 27/94, de julio, pp. 499 y ss.

SÁNCHEZ CARO, J., «El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles», en *La Ley*, XIV, 3340, 3 de septiembre de 1993, pp. 1 y ss.

— «SIDA: aspectos jurídicos», *II Congreso Nacional sobre el SIDA*, Bilbao, 1993.

SCHÜNEMANN, B., «Die strafrechtlichen Probleme des AIDS-Komplexes», en Busch, Heckmann & Marks (ed.), *HIV/AIDS und Strafälligkeit. Eine Herausforderung für Strafrechtspflege und Straffälligenhilfe*, Bonn, 1991, pp. 93 y ss.

— «Problemas penales de la transmisión y prevención del SIDA desde la perspectiva alemana», en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990. Madrid, 10 a 14 de diciembre*, Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1992, pp. 27 y ss.

— «Problemas jurídico-penales relacionados con el SIDA», en Mir Puig, S. (ed.), *Problemas jurídico penales del SIDA*, J.M. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 25 y ss.

— «Tracte especial per als infectats de SIDA que compleixen condemna i els problemes de les atenuacions de règim penitenciari, el règim obert, vacances, etc.», en *Sida i presó: criteris de política jurídica, Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, 1994, 2, pp. 87 y ss.

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La esterilización de los disminuidos psíquicos (Un informe de Derecho penal comparado)*, PPU, Barcelona, 1988.

— «El SIDA en la cárcel: algunos problemas de responsabilidad penal», en *La Ley*, 1992-IV, pp. 1113 y ss.

SOTO NIETO, F., «Principios básicos de la responsabilidad civil y penal del médico». *Actualidad Penal*, núm. 46/95, de diciembre, pp. 895 y ss.

STRATENWERTH, G., «Arbeitsteilung und ärztliche Sorgfaltspflicht», en *Festschrift für Eb. Schmidt, Vandenhoeck und Ruprecht*, Gotinga, 1961, pp. 383 y ss.

VIANA CONDE, A. y DE SAS FOJÓN, A., «El consentimiento informado del enfermo», *La Ley*, 3990, 7 de marzo de 1996.

VILÁ MAYO, J.E., «Consideraciones en orden a la autorización para efectuar o no efectuar una transfusión sanguínea a quien la rechaza por motivos religiosos: una cuestión que puede suscitarse en el Juzgado de Guardia», *Revista de la Asociación de Jueces y Magistrados Francisco de Vitoria*, núm. 1, junio 1991.

