

UNA OPCIÓN AL
DEBATE SOBRE LA
RESPONSABILIDAD
LEGAL EN LA
PROFESIÓN MÉDICA

RAMÓN MACIÁ GÓMEZ
Magistrado Jubilado
Junio 2009

ÍNDICE

UNA OPCIÓN AL DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD LEGAL EN LA PROFESIÓN MÉDICA

I.- INTRODUCCIÓN

- I.- 1º.- La relación general e histórica entre Derecho y Medicina.**
- I.- 2º.- La especial relación entre Derecho y Medicina, en la actualidad.**
 - Iº.- 2º.-1.- La lex artis y la “lex artis ad hoc”.**
 - Iº.- 2º.- 2º.- Los Protocolos Médicos.**
 - Iº.- 2º.- 3.- El concepto del acto médico.**

II.- EL ORIGEN DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

- II.- 1º.- 1º.- El contrato médico o médico hospitalario.**
- II.- 1º.- 2º.- La evidencia de la existencia del contrato médico.**
- II.- 1º.- 3º.- El contenido del contrato médico.**
 - II.- 1º.- 3º.- 1º.- El contrato médico como un arrendamiento de servicios.**
 - II.- 1º.- 3º.- 2º.- El contrato médico como un arrendamiento de obra.**

III.- LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO MÉDICO.

- III.- 1º. 1º.- La responsabilidad por incumplimiento del contrato médico de arrendamiento de servicios.**
 - IIIº.- 1º. 1º. 1º.- La relevancia del nexo causal para la apreciación de la culpabilidad del profesional médico.**
 - IIIº.- 1º. 1º. 2º.- Las anómalas consecuencias de la especial relevancia del nexo causal para la apreciación de la culpabilidad del profesional médico.**
- III.- 1º. 2º.- La solución a esta situación.**
 - III.- 1º. 2º. 1º.- La solución a esta situación en el derecho comparado.**
 - III.- 1º. 2º. 2º.- La posible solución a esta situación en el derecho español; la asimilación del derecho comparado.**

III.- 1º. 2º. 3º- La posible solución a esta situación en el derecho español; la creación de una doctrina propia.

III.- 1º. 2º. 4º- La posible solución a esta situación en el derecho español; la figura de la “posición de garante”, aplicable al sector médico.

IV.- CONCEPTO BÁSICO DE “LA POSICIÓN DE GARANTE” EN EL DERECHO ESPAÑOL.

IV. 1º.- 1º.- Una concepción específica de “la posición de garante” en el derecho médico español.

IV. 1º.- 2º.- Las concretas cualidades de la posición de garante en el derecho médico español.

V.- CONCLUSIONES FINALES.

UNA OPCIÓN AL DEBATE SOBRE LA RESPONSABILIDAD LEGAL EN LA PROFESIÓN MÉDICA

I.- INTRODUCCIÓN

Iº.- 1º.- La relación general e histórica entre Derecho y Medicina.

En España, y en general en Europa, hay, primeramente, que constatar el poco desarrollo del área del derecho médico o del derecho médico-hospitalario, y lamentablemente, tenemos que iniciar este texto denunciando lo evidente; que, al respecto, no existe ni una doctrina consolidada ni una jurisprudencia no beligerante. En cierto modo, cuando en el sistema judicial se inicia una acción penal o civil contra un profesional de la medicina se puede ver que se adoptan tantas estrategias como se producen tantos resultados diferenciados. Tanto los Letrados como los Jueces se mueven en un espacio tan amplio que va desde la culpabilidad subjetiva hasta la responsabilidad por el resultado, pasando por criterios, de unos y de otros, en que sitúan la “causa petendi” o el “fundamento de derecho”, según sea su profesión, en una alteración del “onus probandi”, en la responsabilidad cuasi-objetiva, en la pura inversión de la carga de la prueba, en la presunción de culpabilidad, en la conformidad del acto médico con la “lex artis” o con la “lex artis ad hoc”, en la simple constatación de un resultado dañino a la salud del reclamante, en el “nexo causal” entre conducta médica y agravamiento de la dolencia inicial, en la “posición de garante” del profesional médico... y casi tantos otros criterios, que la lectura íntegra de cualquier base de datos doctrinales o jurisprudenciales produce en el jurista, en general, más una perplejidad o confusión que una solución o un afianzamiento del proceso lógico en el que, por ejemplo, inicialmente, pretendía fundamentar su demanda, su querrela o su sentencia. Intentaremos, en este escrito, desentrañar ciertas incongruencias o categorizar y, tal vez, aclarar algunos de los tan diferenciados criterios de análisis de la culpa en la profesión médica que imperan en el sistema jurídico español. Proponiendo, finalmente, de modo algo imprudente, una opción que resuelva la tan confusa situación actual.

En primer lugar hay que hacer la rotunda precisión de que la disparidad de criterios a los que hemos hecho referencia, en nada, tiene su base en que no se hayan efectuado estudiosos análisis sobre la cuestión, de los que estamos sobrados; el origen es de otro tipo. Y es que tanto la ciencia médica como el conocimiento sobre la salud humana está, todavía, en precario pero su evolución va inexorablemente siempre por delante del análisis jurídico que el de la conducta referente a la alteración de la salud y a las responsabilidades derivadas de dicha alteración hace el jurista con unos cuantos lustros, o décadas, de necesaria e imprescindible meditada configuración y adecuada evolución de específicos criterios, para su aplicación en la práctica. Y cuando ya los juristas hemos llegado a una conclusión común sobre una conducta médica, resulta que la medicina ha avanzado tanto, que hay que volver a empezar, por los cimientos, el

edificio legal construido. Los juristas todavía no nos ponemos de total acuerdo sobre temas tales como la medicina transfusional, que data del siglo XVII, cuando se transfundía sangre de animales a humanos y que luego se hacía entre humanos, en dos camillas paralelas y unidos por una cánula de cuero encerado que unía venas del donante y del donatario, desconociéndose que existían “grupos sanguíneos” o, bien, que así se transmitían enfermedades; pues todavía, repito, debatimos la legalidad de transfundir sangre a quien se niega a ello por cuestiones ideológicas, sin resolver el conflicto de intereses entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad ideológica.

Ahora ya tenemos que analizar la medicina estética no reparadora, la medicina nuclear, las fecundaciones no naturales, la implantación de “células madre” a fin de generar células sanas en órganos dañados, o, palabras mayores, la clonación de humanos. Este pesimista análisis de la lejanía, casi siempre cronológica pero casi nunca ideológica, entre ciencia médica y análisis jurídico de la aplicación de la ciencia médica, es consustancial al género humano y, de hecho, no lo olvidemos, ante esta confusión, las culturas mas arcaicas hacen radicar el acto medico, que efectúa el hechicero, el curandero o el sanador, en la voluntad divina mas que la adecuada diagnosis y en el conocimiento científico, con lo cual, al no haber acción médica, sino designio Divino, ya no pueden haber juicios sobre los actos médicos, solución esta tan simple como injusta, pues el error del hechicero, curandero o sanador siempre resulta impune, aunque su “acto sanador” lo efectúe, frecuentemente, bajo la influencia resultante de la ingesta de psicotrópicos, que anulan su percepción de la realidad o en base a criterios tan ilógicos y disparatados, que si no es porque, a menudo, son letales, hasta causan mas hilaridad que curiosidad.

Y esto, no olvidemos, que estaba implícita o explícitamente impuesto por el pensamiento filosófico o jurídico universal, y todavía lo está en algunas culturas, como lo estaban y están los conceptos de lo injusto, lo prohibido o la condena. En España esto imperaba hace sólo 250 años, (y sigue vivo, aunque con un lento declive; por supuesto, que todos hemos visto, y hoy y ahora están expuestos, exvotos cerúleos en cientos de iglesias) justo antes de que nos impregnáramos de la cultura jurídica napoleónica, que introdujo, por ejemplo, el término de imprudencia de forma metológicamente asumible, al tiempo que en Salamanca o Alcalá de Henares, por esos años, los conocimientos médicos eran transmitidos, de forma obligatoria, en aulas homologadas por la Corona, creándose así al profesión médica, frente a la del curandero, el “cirujano” o el sanador, que entonces eran acreditadas profesiones y que perviven todavía en nuestra sociedad. Y, para demostrar esta afirmación, bastará con examinar los “anuncios por palabras” de los medios periodísticos que tienen por función¹, la de contribuir a la libertad ideológica mediante la difusión de adecuadas informaciones a tal y fin y que, según se deduce de la nota a pie de página anterior, alguien está descuidando. Y es que la libertad ideológica no puede asentarse en el acreditado disparate. En definitiva, no hemos avanzado tanto como pareciera; valga, por ejemplo, la flagrante inconstitucionalidad del llamado y vigente “Juramento Hipocrático”², que asombrosamente crea y sostiene la responsabilidad, por un sistema diferente del legal o del judicial, prohibido en el artículo 26 de la Constitución³ y que, mas asombrosamente, limita el derecho constitucional, y ello es mucho mas grave, del artículo 27⁴ de la misma norma fundamental, limitando la posibilidad del acceso a la enseñanza. Pues bien, tan flagrante inconstitucionalidad de ese juramento puede ser leída en multitud de salas de espera de las consultas médicas. Esta anécdota, más jocosa que importante, sirve muy bien para apreciar el profundo distanciamiento entre médicos y juristas. Lo que no resulta ya tan jocoso es que en el

debate parlamentario de la Ley 14/86, de 25 de abril, "General de Sanidad", Sus Señorías de la Cortes Españolas no se abstuvieron de citar, más de una ocasión, a Hipócrates y dar, así, un aroma de legalidad a sus ideas.

Esto hace que el derecho médico tenga unas profundas connotaciones diferenciales que están ausentes en otros sistemas de derecho aplicado a distintas conductas profesionales. El delito mas antiguo conocido, el de Caín, apenas ha sufrido variaciones a excepción de que, hoy, podríamos llamar imprudencia ya que la "quijada de un asno", y la policía científica nos lo demostraría, es muy difícilmente arma previsiblemente letal, pero Las Sagradas Escrituras insisten en ello y afirman, además del asunto de Caín, en que Sansón, se dice,⁵ mató a mil varones, con la mandíbula de un asno. En todo caso la conducta cainita o la Sansón, merecerán, siempre, reproche penal, pero si alguien trasfunde sangre de un carnero a un humano mediante una cánula de cuero encerado, que durante décadas era un logro científico, haría que hoy un avezado Fiscal Jefe, seguramente, dudara mucho, tanto sobre el tipo penal aplicable, imprudente o doloso, ante el resultado letal obtenido. Y seguramente, en sus conclusiones provisionales y, por supuesto, en el debate del Juicio Oral, haría metódicas disquisiciones sobre la evidente existencia de un "nexo causal", entre la tan anómala conducta al transfundir y la muerte resultante. Y aquí ya anunciamos lo que mas adelante será conclusión parcial de este escrito; en el sistema español, curiosamente, no se examina tanto la conducta como el resultado médico perjudicial, sino mas bien el "nexo causal" que une ambos factores, y en ello se asienta además, muy frecuentemente la culpabilidad. Pero de ello ya hablaremos holgadamente unas páginas mas adelante.

I.- 2º.- La especial relación entre Derecho y Medicina, en la actualidad.

Entrando ya al fondo del asunto, la necesidad de conectar, de forma convincente y estable, ciencia médica y derecho para así crear conceptos, criterios, modos y medios de valoración comunes y válidos en ambos sectores en el análisis del acto médico u hospitalario, y de la conducta y el resultado que el o en los mismos se genera, ante todo cuando este sea objeto de acción judicial, lo primero que hay que valorar es, ya desde un aspecto constitucional, la cualificada posición que ocupa la Administración Sanitaria, en cuanto organización cuya primordial finalidad es de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, que se consagra en el artículo 43⁶ de la Constitución, y se enraíza en el fundamental derecho individual a la integridad física del artículo 15⁷ de la norma fundamental. Preceptos éstos objeto cuyo desarrollo normativo es la Ley 14/86, de 25 de abril, "General de Sanidad", como norma básica aplicable en todo el Estado, si bien con las competencias de su ejecución transferidas a las Autonomías, en la que se contiene la regulación general de las acciones que permiten hacer efectivo el mencionado derecho a la protección de la salud.

Por lo que respecta a la actuación de los profesionales sanitarios, en concreto, ha de valorarse la también cualificada posición que ostentan, como especialistas titulados y colegiados, (y cuya actuación les reserva específicamente la Ley Penal, so pena de lo que dispone el artículo 403⁸ del Código Penal) respecto del tratamiento médico del quebrantamiento o agravamiento de un quebranto existente de la salud de un enfermo. Y en función de esa cualificada posición nace la necesidad, que se constituye en deber

jurídico exigible, de agotar en relación con la salud de todo ciudadano, todas las medidas y todos los medios de cuidado requeridos por la "lex artis" o por los conocidos como "protocolos de actuación médica", que estandarizan un tratamiento respecto a una sintomatología. Y, tal vez, entonces, ocupen cierto tipo de "posición de garante" que veremos al final.

I°.- 2°.-1.- La lex artis y la "lex artis ad hoc".

Al margen de disquisiciones dogmáticas, la "lex artis", como concepto, está integrado, en su contenido sustancial, por la necesidad de observar los deberes profesionales basados en normas amparadas por la lógica, los conocimientos médicos, las prácticas habituales y los criterios profesionales de genérica observancia, avalados por unas estadísticas que acrediten su efectivo resultado paliativo, reparador o curativo. De forma tan escueta como acertada lo ha definido el Tribunal Supremo como sigue: la "lex artis" médica es "*...aquél criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina - ciencia o arte médico que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal empleada...*"⁹. Y es que, además, dentro de la "lex artis" médica existen algunos criterios básicos de orden general, que se llegan a constituir en auténticos deberes jurídicos exigibles ante los Tribunales, en caso de inaplicación.

Recientemente se ha construido, desde la jurisprudencia, el concepto de "lex artis ad hoc" y cuya esencia radica en que, al poder co-existir diversas terapias útiles para tratar cada dolencia objeto de tratamiento médico, y todas ellas resultar igualmente válidas, hay que determinar cuál es la "verdadera y típicamente" aplicable al caso específico, partiendo de la base de que no siempre el criterio será unívoco al existir diversas técnicas válidas, correctas y conformes a la "lex artis" en función de los conocimientos de la ciencia y del estado del saber médico. Ello complica, incluso, todavía más las cosas, pues ya ni siquiera podemos decir que una conducta asentada en la "lex artis" quede indemne de la posibilidad de sanción judicial. Pero es que, además, más para clarificar que para confundir, hoy en día la profesión médica tiende a sentarse, en mucho, no ya en la experiencia o en la intuición o en la habilidad o en el "ojo clínico", sino en algo más normalizado como son los "protocolos de actuación médica" que afectan a todos los ciudadanos que presenten determinado síndrome, sin atender al paciente en concreto, sino, más bien, al síndrome en general. Ello, ahora por parte de la praxis médica, provoca que el "nexo causal", entre conducta médica y resultado final, se haya constituido en elemento crucial para determinar, en la actualidad la existencia, o no, de responsabilidad médica.

I.- 2°.- 2°.- Los Protocolos Médicos.

En estos llamados protocolos de actuación médica se fijan unas pautas seriadas de diagnóstico y tratamiento terapéuticos que resultarán muy útiles, no sólo para acreditar, dentro de la valoración, deontológica normalmente, del acto médico, la correcta o incorrecta actuación del doctor, sino porque, además, facilitan la concreción de la "lex artis" a cada caso. Lo citados protocolos médico o protocolos de actuación

médica vienen adquiriendo una relevante importancia desde principios del siglo XX y hoy en día vienen a constituir una de las vías más acreditadas para alegar o razonar sobre la existencia o inexistencia de un acto médico erróneo. Podemos, desde otra óptica no finalística, definir el protocolo médico como los documentos que describen la secuencia del proceso de atención de un paciente en relación a una enfermedad o estado de salud y que siempre son producto de una validación técnica que puede realizarse por consenso o por juicio de expertos. En otras palabras los protocolos describen el proceso en la atención de una enfermedad para mejorar la rapidez en el diagnóstico, efectivizar el tratamiento, y hacer menos costoso el proceso de atención, tanto para el paciente como para la entidad prestadora del servicio de cuidado de la salud “de la salud”, decimos; nunca de la vida o de la integridad física –véanse las notas 25, 26 y 27). Estos documentos son de utilidad para mejorar los procesos de atención, se encuentran agrupados en otros documentos relativos a la gestión sanitaria, comúnmente denominados “Manual de Procedimientos para el Diagnóstico y Tratamiento”.

El más conocido y mundialmente utilizado, en el ámbito médico psiquiátrico, pero extraño en el espacio legal o doctrinal español, como DSM¹⁰ que define, describe, cataloga y especifica síntomas y acciones que aplicables, para todo el sector médico psiquiátrico, la posible presencia de un quebranto de la salud mental, pero, cuidado, el actual DSM-4, no, exactamente, es un “protocolo médico”, sino un “catálogo de enfermedades”, por lo que, a los efectos de este escrito poco importa, ya que se limita a la fase de diagnóstico y no incide, fundamentalmente, en la del tratamiento.

I.- 2.-3.- El concepto del acto médico.

A través del acto médico se intenta promover la salud, curar y prevenir la enfermedad y rehabilitar al paciente. Pero, antes de entrar, por fin, a analizar lo que es el contrato médico y las responsabilidades en la profesión médica, que es el objeto último de este escrito, hay que precisar algo evidente y es que no todos estamos en un acuerdo qué es lo que se entiende por “acto médico”; pues bien, el acto médico, para nosotros, es la forma concreta de relación entre personas; por lo general una de ellas, el enfermo que acude motivado por una alteración en su salud a otra, el profesional de la medicina, quien, en base a un título oficial, está capacitado para conocer y aplicar técnicas médicas homologadas, para el tipo de enfermedad que el primero presenta. No debiéndose entender por acto médico un acto que se traduzca en una curación, sino, escrupulosamente, los que se han determinado que, mediante una adecuada prestación de servicios y un normal encaje en las estadísticas, pueden producir la siempre buscada curación; que puede acontecer o no.

En realidad, en ello insistiremos más adelante, por ahora digamos que mediante el acto médico el profesional de la medicina se compromete a colocar todos los medios a su alcance para efectuar un tratamiento, actuando con apoyo en sus conocimientos, su adiestramiento técnico y su diligencia y cuidado personal para curar o aliviar los efectos de la enfermedad, sin poder garantizar los resultados, previa advertencia de los posibles riesgos y complicaciones inherentes al mismo. Según esta definición, todo acto médico requiere, formalmente, de estos cuatro parámetros:

- a) La Profesionalidad, pues solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico.

- b) La ejecución típica, es decir, su ejecución conforme a la denominada "lex artis" ya examinada.
- c) El tener por objetivo la curación o rehabilitación del enfermo y la
- d) Licitud de la conducta médica (que no la del enfermo) y su encuadramiento dentro de ilícitos civiles o penales¹¹.

II.- EL ORIGEN DE LA POSIBLE RESPONSABILIDAD MÉDICA.

II.-1º.- 1º.- El contrato médico o médico hospitalario.

Dicho lo anterior, entremos, por fin, al centro de la cuestión sobre los posibles criterios para fijar una responsabilidad médica, en España. La primera cuestión, y fundamental, es la de definir el origen legal de la relación entre médico y paciente. Pues bien, en lo que se refiere a este aspecto no podemos dudar de que su origen es el de una relación contractual si tenemos en cuenta que toda actuación médica ha de proceder de una conjunción de voluntades (tácita o expresa, oral o escrita)s relativas a un deterioro físico y la curación del mismo.

Ante lo dicho en el párrafo precedente resultará sorprendente que la naturaleza general y ordinaria de la responsabilidad por un incumplimiento de esta obligación, de origen contractual, del médico, (normalmente procederá de un contrato de prestación de servicios y algunas veces –la medicina estética, como paradigma- un contrato de arrendamiento de obra), es exigida, en España, de modo, demasiado confuso, por la vía de la llamada responsabilidad extracontractual o la culpa por imprudencia. Es decir, que de un contrato se deriva una culpa extracontractual; ello es, por ahora, al menos, una palpable contradicción en los términos. Y ello se fundamenta, de forma inestable, ciertamente, en que en relación a la salud de las personas, como derecho fundamental protegido y protegible, no se puede exigir, y desde luego el médico no puede garantizar, que la asistencia que va a prestar, cuando contrata, sea una asistencia resultadista, es decir, que vaya a conseguir siempre y en todo lugar, un resultado favorable para la vida y/o la salud del enfermo. Considerar lo contrario será aceptar que si el médico nunca comete un acto erróneo la vida se asociará a la inmortalidad; lo cual es una segunda contradicción en los términos.

Podemos decir que la relación entre el médico y el paciente, es una relación basada en un arrendamiento de servicios, de modo que la obligación del primero se caracteriza como una obligación de medios o diligencia, no comprometiéndose nunca, porque atentaría incluso contra el sentido común, mediante cualquier pacto relativo a la definitiva curación de la dolencia del paciente y limitándose lo pactado, solamente, al empleo de todos los medios humanos, científicos y materiales que el doctor tenga a su disposición y atendiendo a la, antes referida, lex artis, sin garantizar, casi nunca, (ya que veremos algunas excepciones), un resultado final curativo. En concreto, en este contrato el médico no se compromete, por lo general, a la obtención de un resultado pero sí se compromete siempre a:

1º) utilizar todos los conocimientos, técnicas, recursos y cualquier otro tipo de medio para la obtención de la curación del paciente.

2º) nunca empeorar la salud del paciente, sea por acción, sea por omisión, sea por imprudencia, sea error inexcusable.

II.- 1º.- 2º.- La evidencia de la existencia del contrato médico.

Ya hemos dicho que el contrato médico, en infinidad de ocasiones, no es un contrato escrito y, es mas, suele ser más tácito que expreso, ello ha hecho dudar a algunos de que nos halláramos ante una relación contractual, que el autor considera una duda fácil, eso cree, de disipar. Y es que si no hay una relación contractual, y se dice que esta relación médica es ex lege, por ejemplo, inevitablemente se dañan los cimientos de muchas estructuras del derecho médico y así, serían incomprensibles figuras legalmente amparadas como son:

- la no obligatoriedad de someterse a cuidados médicos, que se prueba, con la excepción del ingreso psiquiátrico por orden judicial, a sensu contrario y como ejemplo.
- la del alta voluntaria (cuando el paciente se niega a continuar con un proceso de curación ya iniciado)
- la elección por el paciente de medios curativos alternativos a los propuestos por el médico, por ejemplo, la llamada “medicina natural” o la homeopatía,
- la obligación del pago o del pago por un tercero, el Estado o una Aseguradora, del tratamiento
- el derecho del paciente al diagnóstico alternativo o
- el testamento vital (en el que el paciente especifica los medios, modos y métodos para administrar su salud cuando, por su deterioro, no pueda indicárselos al médico de forma adecuada) o
- el consentimiento informado, que se constituye en paradigma de la imposibilidad de entender un tratamiento médico si previamente no ha habido un concierto de voluntades, a modo de contrato y con los requisitos propios del mismo.

A este éste respecto, la rotunda afirmación de que siempre existe un contrato médico es que del mismo siempre se puede desistir o modificar, por ejemplo, en el caso de que, víctima de un accidente un paciente ingresa en un centro hospitalario, privado de sentido, siempre entendemos que hay un consentimiento, para ese ingreso y para su consecuente tratamiento pues recuperado el sentido ese mismo paciente puede pedir un alta voluntaria o elegir un tratamiento específico, negándose, por ejemplo, a una transfusión sanguínea. Además, en la existencia de este contrato, se asienta lo que hemos llamado testamento vital, que no tendría sentido si no es que, previamente, por un acuerdo más o menos tácito, todos entendemos que la asistencia médica viene precedida de un acuerdo de voluntades en la que una parte quiere curar y la otra quiere ser curado. A esta conjunción de voluntades en un acuerdo lo llamamos, repito, el contrato médico o médico-hospitalario.

Interesa hacer la anterior afirmación porque en no pocas ocasiones algunos confunden contrato médico con tratamiento médico y eso no es correcto. El contrato médico, aunque sea de tracto sucesivo, se perfecciona desde el inicio del tratamiento y es un error, a veces, oído ante y por los Tribunales, que cada acto médico tiene un consentimiento específico y constituye un contrato nuevo; de lo que se deduciría el absurdo de que para un tratamiento por lesiones, que incluyera radiología, neurología, cirugía, internamiento curativo, fisioterapia... entre paciente, víctima de un simple

accidente viario, y radiólogo, neurólogo, cirujano, personal de enfermería y fisioterapeuta... en cada ocasión, se tuviera que contratar la actuación a realizar, es decir, que se contrataría incluso más que se curaría. La afirmación anterior en relación a la existencia de un solo contrato médico para un tratamiento de una dolencia se aclara, definitivamente, cuando observamos que la propia Ley General que (pese a que en su artículo 10,¹² viene a hacer una confusa mezcla entre obligaciones legales, derechos y deberes personales y tramitación de las formas de curación o de finalización de la misma, que merecería mejor sistemática) en su artículo 61¹³ regula un documento único, la historia clínica, para la recopilación de la totalidad de los tratamientos, cosa que sería incongruente, si el propio legislador no entendiera que el contrato médico o médico hospitalario no es único por paciente y tratamiento. Inicialmente, y a modo de precontrato, las partes contratantes pueden ser o bien el médico de guardia o el personal sanitario presente en la inicial declaración (tácita o expresa) de voluntad curativa del paciente y luego se perfeccionará con la asignación de ese paciente, concretamente, a un médico concreto que siempre le informará de sus dolencias, sus perspectivas y su tratamiento, como es lo propio y habitual en el sistema hospitalario y como es obligado en las consultas privadas de los profesionales médicos que no ejercen como funcionarios adscritos al Sistema Nacional de la Salud.

II.- 1º.- 3º.- El contenido del contrato médico.

Dando ya por presupuesta la existencia de un acuerdo de voluntades previo a cualquier acto médico, veamos ahora su especialísimo contenido. En efecto, el contrato médico o médico-hospitalario ha sido fundamentado en el elemento esencial y diferenciador de que la obligación esencial en el caso de los profesionales y entidades médicas no es la de obtener un resultado -la curación del paciente- sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de ese resultado relativo a un estado de salud, física o mental, adecuado de la otra parte contratante, llamado, paciente. No es, pues, un contrato en el que se pacte un resultado, como es lo ordinario en los contratos, pero tampoco por esto puede resultar, es obvio, que se permita o se autorice un resultado dañoso con origen en una negligencia activa u omisiva en la aplicación de medios médicos necesarios para la prestación del servicio más adecuado en orden a la consecución del pretendido, pero nunca exigido, resultado curativo o recuperador de la vida o la integridad física.

Pero toda regla tiene su excepción, y así resulta que algunos contratos entre médico-paciente pueden no ser un contrato de prestación de servicios, como acabamos de decir, véanse, por ejemplo, las características (que luego trataremos) que se hallan, sobre todo, en los contratos de la medicina estética, las terapias voluntarias y a veces la quirúrgica, la psiquiátrica, la fisiológica o la reparadora, en las que sí que hay, en muchas ocasiones, todo un contrato de resultado, -además del siempre presente contrato de servicios- o, más técnicamente, un contrato de arrendamiento de obra, muy diferente al contrato de prestación de servicios sin compromiso de obtención de un resultado, que es lo normal, como hemos dicho en el párrafo anterior.

También de las dos afirmaciones anteriores, resulta evidente y se presupone, de forma tácita, que el acto médico o el conjunto de las actuaciones médicas nunca podrán tener por objeto o finalidad, empeorar, agravar, dilatar o menoscabar el deficiente estado de salud que es objeto de pacto. Un empeoramiento de la salud, como objetivo del

contrato, como luego veremos, constituye un acto penal o civilmente ilícito que precisa de una causa de justificación para eludir la muy posible configuración de esa responsabilidad penal o civil de una de las partes contratantes; el profesional médico; pero, curiosamente, en general, no habrá responsabilidad alguna en la otra parte contratante; el paciente que pide, permite o causa el deterioro de su salud en connivencia con el médico. La actuación del paciente contratante se limita a cumplir con las indicaciones médicas y su responsabilidad se limita a cumplir la obligación del pago del precio pactado, lo que implica que el paciente no incurrirá en responsabilidad legal, por la causación de sus propias lesiones, por ejemplo, siempre que las mismas afecten, exclusivamente, a su persona y no generen un fraude a terceros, un beneficio ilícito o un enriquecimiento injusto a persona distinta de la del paciente contratante.

IIº.- 1º.- 2º.- 1º.- El contrato médico como un arrendamiento de servicios.

Como ya apuntábamos anteriormente y en repetidas ocasiones el contrato médico es el que se pacta, mediante consentimiento, expreso o tácito, teniendo como objeto definido del mismo el restablecimiento de la salud, a cambio de precio fijado o del que solo se determinan las normas y/o modos de fijación, entre dos personas; una especializada en la curación de una dolencia y otra caracterizada por la tenencia de, precisamente, esa dolencia; él médico y el paciente. Y lo que se pacta no es, en general, la curación definitiva, asegurada y total de la dolencia, lo pactado es la prestación de los servicios que la ciencia médica tiene previstos para obtener esa curación mediante, por ejemplo, la “lex artis”, la “lex artis ad hoc” o los “protocolos de actuación médica”. Lo que se pacta es la aplicación de esas técnicas médicas, pero el objeto del contrato y esto hay que tenerlo muy claro, no es la efectiva curación, es la salud del paciente (véanse, por ejemplo las notas finales 6 y 11)

Frente a estos contratos, en los que no se exige, contractualmente, un resultado curativo, hay otros contratos médicos que sí que exigen un resultado que varíe la estructura física o mental del que contrata como paciente y que le es exigible al que contrata como profesional médico. Un ejemplo servirá para diferenciar ambos contratos: al sufrir una herida incisiva en el pie el paciente contrata con el médico de guardia el diagnóstico y la curación de la misma, que le impide andar, para ello, examina la integridad de tendones, músculos, terminaciones nerviosas y vasos sanguíneos principales, y luego éste sutura la herida con unos puntos. Al cabo de 12 días el paciente acude a que le quiten los puntos de sutura. Pues bien;

- el primer médico de guardia, jurídicamente, nunca se obligó a devolver la normal deambulación del paciente ya que, por ejemplo podría haber apreciado la rotura total de un tendón o el desgarro definitivo de un músculo, pongamos que de imposible curación, pero
- el segundo médico de guardia si que se ha comprometido a eliminar las grapas o los hilos que configuraron la sutura inicial, sin dejar rastro de ellos;

Es decir, que, claramente, uno no se comprometió a obtener el resultado de recuperación de la total deambulación y el segundo sí que pactó un resultado, la retirada de los hilos o las grapas de sutura, normalmente, de forma verbal (“vengo a que me quiten los puntos” – “esperé, que le atenderán”).

O más difícil, cuando un paciente acude a un cardiólogo y se queja de dolores en el pecho, curiosamente solo le exige al doctor, y éste se obliga, a obtener un conocimiento preciso de lo que son esos “dolores en el pecho” con, por ejemplo, un electrocardiograma fiel a la realidad, -no alterando ésta con conexiones equivocadas-, pero el paciente nunca le pedirá que impida un temido y letal infarto cardíaco, por ejemplo. Paradójicamente, nunca se exige, como exigimos a la casi totalidad de los profesionales de otros ámbitos el arreglo de un problema; la dolencia cardíaca, solamente ambas partes contratan la prestación de unos servicios médicos, farmacológicos, quirúrgicos... que tiendan, por lo general, a un saludable estado de ese corazón o la evitación de un infarto, pero nunca contratan, o ponen como causa y finalidad del contrato, la obligatoria reparación de simple una arritmia o un soplo cardíaco, por ejemplo, y mucho menos de un infarto, que la actual medicina no sabe, evidentemente, diagnosticar o pronosticar con una precisión adecuada o válida. Se arriendan, pues, unos servicios, pero no se pacta un resultado. Y es que tengamos en cuenta que el objeto, íntimo y exacto del contrato médico, es, repetimos, la salud, pero no la vida o la integridad física (véanse notas finales 27, 28 y 29). Esta diferenciación, es la clave de la cuestión, la salud es el único objeto posible del contrato médico, como examinaremos después (véanse notas finales 6 y 11 y 14). Pues esto, que parece tan evidente, al menos para nosotros, resulta que en algunas STSs o en algunos artículos doctrinales no se dice con la suficiente claridad, o más bien se confunde, llegándose a la equivocada afirmación de que lo que se ha pactado es la continuidad de la vida o la evitación del deterioro físico; y ello nos lleva al absurdo de admitir, inconscientemente, un contrato relativo a la inmortalidad, asunto éste que todos sabemos que está fuera del comercio o del contrato de los hombres, a este respecto baste citar el contenido del artículo 1.113¹⁴ del Código Civil y no citaremos más disposiciones concordantes, al respecto, por no herir alguna sensibilidad jurídica. Baste con recordar el axioma, que esta parte defiende hasta el final, de que “...todos estamos sometidos al Imperio de la Ley, y éste siempre estará sometido al Imperio de la Razón...”.

Como ya adelantábamos al principio, esta estructura contractual tan específica que presenta, en general, el contrato médico tiene su base tanto en el desconocimiento, como en la volubilidad o constante alteración del cuerpo humano como organismo vivo y evolucionando constantemente, y digo sólo humano pues ni el veterinario ni el jardinero, por ejemplo incurren en esta especificación contractual. Si alguien contrata a un jardinero para que me plante césped y éste no crece, no tendrá que pagarle; al cardiólogo que, examinando el estado físico de un corazón con datos correctamente obtenidos, vaticina un inminente infarto habrán, inexorablemente, de pagarle, el finado esa misma tarde, o sus herederos.

II.- 1º.- 3º.- 2º.- El contrato médico como un arrendamiento de obra.

Siguiendo con los ejemplos anteriores vemos que, en otras relaciones contractuales médico-paciente, éste segundo pactante exige no sólo la prestación de unos servicios, y la puesta en marcha de unos medios adecuados, sino que también, además, exige un resultado concreto y específico. Entonces nos hallamos ante un arrendamiento de obra, contrato por el que se pacta una concreta modificación o alteración del estado físico de una de las partes contratantes a un profesional médico específico, mediante precio normalmente exacto. Este contrato, de arrendamiento de servicios puede consistir, por ejemplo, en la eliminación de la alta fealdad de una cicatriz en el pezón izquierdo

que, curiosamente, roza con el corazón que inminentemente infartará, según una anterior consulta médica. En estos contratos resulta que si el cirujano plástico ha eliminado la antiestética cicatriz que afeaba el pecho del, lamentablemente, ya embalsamado, sí que habrá de pagarse este contrato, el fallecido o sus herederos, pues se obtuvo el objetivo pactado, de tipo estético, pretendido. En estos casos, como ahora diremos, lo que determina el cumplimiento y/o la responsabilidad del médico, es la obtención de un resultado estrictamente pactado.

En la medicina estética, en la oftalmología, la odontología, (siempre o en ocasiones)... que busca reducir una nariz, que busca solucionar un defecto visual mediante la entrega de unas gafas, o que busca un blanqueamiento de los dientes; en la medicina psiquiátrica de tipo preventivo y voluntario, sin que se haya, previamente, advertido deterioro alguno de la salud mental, en la medicina relativa a la curación de las dependencias, en la medicina fisioterapéutica, la de finalidad estética o en las medicinas alternativas, las de adelgazamiento sin origen en una enfermedad y con mera finalidad estética, en la acupuntura, por poner alguno de los, cada día mas frecuentes tratamientos médicos no estrictamente curativos, sí que se exige un resultado en pacto que efectúan médico y paciente (¿o cliente?). Y la no consecución de este resultado genera una responsabilidad que, sin duda alguna, es de origen contractual (ya que, incluso, se fija en el propio contrato y de forma específica), o supletoriamente se aplican las normas legales, que, de todos son conocidas y que no entraremos a analizar, relativa al incumplimiento de los contratos de arrendamiento de obra y es que, aunque sea dentro del siempre incierto derecho médico, nos hallamos ante las respuestas que da el artículo 1.588¹⁵ del Código Civil y no merece, en este artículo, un mayor análisis, que el que se refiera al cumplimiento de una obligación contractual de resultado, un contrato de arrendamiento de obra con suministro de material médico, fundamentalmente.

El motivo, es fácil de deducir, es que en estos contratos no se pacta la “salud”, como en los del epígrafe anterior, se pacta una modificación acorde, generalmente, con un criterio estético o una modificación del estado físico o mental que aporte mayor calidad de vida, pero no una mejoría de la salud física o mental. Y es que, aunque estemos dentro del derecho médico, en los contratos enumerados antes a modo de ejemplo, no por eso estamos ante ninguna excepción a las normas generales de contratación y a las responsabilidades derivadas del incumplimiento de lo pactado en contrato. Al contrario de lo que ahora mismo vamos a exponer, en los contratos médicos de arrendamiento de obra (de obtención de un resultado), para nada, se exigirán responsabilidades por la vía extracontractual o por cualquier tipo de culpa o negligencia, se exige, repetimos, como es lo propio de los contratos, siempre, el cumplimiento de lo pactado o de lo que legal o contractualmente esté previsto para un eventual incumplimiento.

IIIº.- 1º. LA RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO MÉDICO.

El médico se configura, jurídicamente, como el deudor de una obligación de actividad curativa consistente en la ejecución y la prestación de actos médicos que tiendan siempre al mantenimiento o la recuperación de la salud del paciente. Y, por eso, cumple con su obligación legal, solamente con la ejecución adecuada y correcta de un

tratamiento médico homologado y solvente; sin necesidad de alcanzar un resultado, la curación de una concreta dolencia, y la no curación no es un incumplimiento. La realización de la conducta diligente basta para que se consideren cumplidas las obligaciones del doctor, aunque no llegue a darse un resultado ni siquiera parecido al que fuera pretendido por el paciente o que constituyó la finalidad íntima de éste y que le animó (con una visión optimista y algo equivocada) a pactar el contrato médico inicial. Repetimos, ello ocurre por que lo que determina, en el terreno de la medicina, el cumplimiento no se vincula a la consecución de un resultado curativo (¡ello implicaría contratar la inmortalidad!), sino, simplemente, la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a obtener aquel resultado, que afecta circunstancialmente a la salud del paciente y que le lleva a que un experto “resuelva” su dolencia.

Toda norma tiene su excepción y así resulta que, como adelantábamos, en la medicina de tipo voluntario, de finalidad estética o innecesaria para la evidente mejora de salud y sólo afectante a la calidad de vida, en su aspecto fisiológico, la obtención del resultado pactado, en un contrato médico de cirugía plástica, por ejemplo, sí que es lo que determina el cumplimiento o incumplimiento del contrato médico. La deducción mas importante de este tipo de relación contractual médico-paciente es que, en esta estructura jurídica, se hace presumir la culpa en caso de que el contrato no satisfaga lo pactado como un resultado concreto, es decir, se exige la consecución de ese resultado, que previamente se ha debido de especificar y definir con la eficacia suficiente como para que pueda ser la “causa petendi” de una acción civil en la que se determine la responsabilidad médica, en caso de incumplimiento. Dejemos esto a parte, pues a ello ya nos hemos referido, dentro del concepto, expuesto páginas atrás, del arrendamiento de obra médica; muy diferenciado al arrendamiento de servicios médicos, que, éste sí, es el pacto usual en el sistema sanitario y en el sistema jurídico español y de muy superior importancia.

Para zanjar esta cuestión, solamente, por ahora, debemos, también y con igual énfasis, recordar que ante dos tipos de forma contractual, lógicamente, se configurarán dos tipos diferenciados de estructura de responsabilidad jurídica por los actos médicos que tienen como objeto;

1º.- la responsabilidad médica que no duda en basarse en la necesidad de probar un acto culpabilístico para iniciar su configuración (lo ordinario, habitual y común en la medicina y que se corresponde, jurídicamente, con un arrendamiento de servicios médicos) y

2º.- la responsabilidad médica que se formula sobre la presunción de la existencia de un acto culpabilístico que se deduce de la no consecución del resultado médico, requerido por el paciente al contratar el servicio médico (lo anecdótico e inusual y que se corresponde con el más moderno contrato de arrendamiento de obra médica y que se posterga sólo a especialidades o actividades médicas de ínfima importancia para la salud, como puede ser, la estética u otra similar. En uno de los ejemplos citados, sería la retirada de unos puntos, frente a la que sí que antes fue un complejo acto médico de diagnóstico y sutura de la lesión, en un inicial momento.

En este ejemplo, paradigmático, la primera intervención podría, tal vez, derivar en una cojera, en caso de afectar a un tendón o a una derivación del sistema nervioso, cuya fractura, en ambos casos, no soluciona, de modo natural, el organismo humano y produce una disminución de la “salud” perenne, en este caso, la normal deambulación; pero,

frente a esta posibilidad, todos sabemos que si no se retiran unos “puntos de sutura”, solo se causan dolorosas molestias, hasta que el organismo, de forma natural, “expulsa” al objeto extraño (el hilo de sutura), mediante el llamado “sistema inmunológico”, que se activa ante la presencia de objetos u organismos extraños dentro de un cuerpo humano. Con esto queremos decir algo esencial, y es que la diferenciación entre ambos tipos de actos médicos no es aleatoria o arbitraria, ni esencialmente jurídica, sino que está fundamentada en la propia estructura corporal. No estamos inventando, por que sí, diferentes actos médicos y diferentes responsabilidades médicas, estamos deduciéndolos de la fisiología o del conocimiento médico-científico de las reacciones del cuerpo humano. Y esto ha de tenerse muy presente, pese a que doctrina o jurisprudencia española no frecuenten esta deducción.

Esta segunda diferenciación, la referida a la razón o el origen de la exigencia de responsabilidad, es sin duda, mucho más interesante que la que inicialmente hemos sobre el origen legal de las actuaciones médicas, aunque ambas están íntimamente ligadas y, a veces, confundidas. Más adelante entraremos, con mayor rigor, en ello. Y es que resulta, asombrosamente, que en términos jurídicos estrictos, la responsabilidad civil médica en los contratos ordinarios médicos (los que son de arrendamiento de servicios)

- 1º.- dicha responsabilidad, siempre contractual, se evalúa mediante las normas de la culpa extracontractual y dicha evaluación,
- 2º.- se encuentra desplazada a la comprobación de la concurrencia del elemento del “nexo causal” y
- 3º.- despreciándose o minusvalorándose la conducta o el resultado, como elementos esenciales del origen de la culpabilidad del médico.

De ello vamos a tratar ahora.

IIIº.- 1º. 1º.- La responsabilidad por incumplimiento del contrato médico de arrendamiento de servicios.

Entrando ya en el asunto que da título a estas reflexiones resulta que en la responsabilidad médica se viene a dar una paradoja que está, sin embargo, firmemente arraigada en una jurisprudencia y en una doctrina, reiteradas y muy poco beligerantes. Y esta, casi incongruencia, creemos, que se asienta en que, como la relación médico-paciente procede, normalmente, de un diferenciado y extraño contrato de arrendamiento de servicios, en el que no se exige como fin la consecución de un resultado, pues resultará casi siempre, que dicha rareza contractual (la no exigencia de un resultado) incline al jurista a algo asombroso. A regular estos contratos por la normas del acto imprudente. Y es que, en multitud de sentencias y en numerosos tratados doctrinales, se habla, repetidamente, de que el médico responde por una culpa extracontractual, con un origen, casi siempre en lo que determina el artículo 1.902 del Código Civil ¹⁶ o los artículos 5 y 10¹⁷ o bien 157¹⁸, en modalidad imprudente, del Código Penal.

Resumiendo, resulta que, sobre todo en el ámbito de la responsabilidad civil resulta que, precisamente una condición integrada en el contrato médico ordinario, la no exigibilidad de un resultado, es el factor que hace que, lo que se ha constituido, inicialmente, como una relación contractual, sin embargo, genere ante su incumplimiento, unas responsabilidades derivadas como si se tratase de una relación extracontractual, en

términos generales. Difícil de razonar pero fácil de comprobar en cualquier base de datos jurisprudenciales: lo pactado en contrato se exige según las normas aplicables a lo pactado extracontractualmente. Esta es, en esencia, la paradoja a la que hicimos referencia al principio. Si hay contrato médico, y hemos dedicado unos párrafos a demostrarlo, no puede resultar indiferente, en general para todos, que la responsabilidad por incumplimiento del contrato médico se haga por la vía de la llamada culpa extracontractual. Dejando, por ahora, esta incongruencia pasemos a estudiar algo todavía mucho más interesante; el modo y la forma de evaluar esa “culpa extracontractual con origen en un contrato”.

Primeramente y, por ahora, digamos, sucintamente, algo sobradamente conocido: que el Tribunal Supremo, de forma nada beligerante y muy claramente sostiene que;

- 1º.- la responsabilidad médica no es un supuesto de responsabilidad objetiva,
- 2º.- la carga de la prueba corresponde a quien la alega y
- 3º.- no existe presunción de culpa en el actuar del facultativo.

En definitiva y en resumen, hoy por hoy, con alguna inestabilidad en su equilibrio, en España y respecto al quehacer médico, en realidad nos hallamos ante el tipo de la llamada responsabilidad subjetiva de tipo extracontractual o más bien obligación derivada de acto ilícito, que también según repetido criterio del TS, se constituye en la concurrencia de los siguientes elementos;

- a) Una acción u omisión ilícita.
- b) La realidad y constatación de un daño causado.
- c) La culpabilidad, que tan sólo en casos excepcionales, como la medicina estética, se deriva de una idea de que si ha habido daños, ha habido culpa.
- d) Un nexo causal entre el primero y el segundo requisitos.

Todos estaremos de acuerdo en la necesidad de la confluencia de esos cuatro elementos en la llamada responsabilidad extracontractual, pero, ahora, de forma más adecuada para el terreno médico-legal podemos concretar, esos cuatro requisitos, en estas dos afirmaciones:

1º.- la acción u omisión cualificada por la culpa o negligencia, está inmersa en aquella acción que ha causado el daño, pues de no haber habido culpa no se habría producido daño, (lo que, en el fondo, no es sino expresión de la creciente objetivación de la responsabilidad) y,

2.- en concordancia con el anterior, el daño causado siempre tendrá una relación de causalidad con la acción u omisión anterior; de aquí que, como antes se ha expuesto, los presupuestos de la responsabilidad civil médica se desplazan esencialmente al último de ellos, al “nexo causal”.

Nos acercamos, creemos, a desentrelazar el nudo gordiano que allá por 1.850, inopinadamente, con todos los respetos, se creó en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

IIIº.- 1º. 1º. 1º- La relevancia del nexo causal para la apreciación de la culpabilidad del profesional médico.

Y esto, la ineludible existencia del nexo causal, es la clave, la clave casi exclusiva, que sirve para entender y analizar adecuadamente el sistema de exigencia de responsabilidades médicas en el derecho español que, como ya adelantábamos líneas arriba y que nosotros, modestamente, podríamos considerar, en alto grado, incongruente. La exégesis de la actividad y del resultado, en la apreciación de la conducta médica, es la común al resto de los ilícitos civiles, pero no así el examen del nexo causal.

Recapitulemos; para que haya responsabilidad médica, procedente de un contrato, rigen, generalmente, las normas de la culpa extracontractual y, todavía más, para el análisis de la culpa extracontractual se examina, como siempre, la acción culposa y el resultado dañino, pero, ante todo y sobre todo, la existencia de un nexo de causalidad entre ambos. La exagerada valoración del nexo causal y la minusvaloración de conducta y resultado, en cualquier análisis legal, producen un inexorable resultado anormal. Ese resultado anormal aparece y es muy frecuente en la jurisprudencia médica española y consiste en algo que todos hemos leído:

- puede haber una grave negligencia que genere un mínimo daño y
- puede haber una mínima imprudencia que genere un intenso deterioro de la salud y
- en ambos casos se determinará que existe responsabilidad muy similar.

¿Por qué ocurre esto?. Pues muy fácil; como el análisis jurídico se ha hecho incidiendo en la acreditación de un nexo causal entre acto médico y resultado, también se ha minusvalorado, en algún grado, los elementos de conducta y de daño. Así de fácil de entender, y Saji de fácil de acreditar, tras con una masiva lectura de las Sentencias del Tribunal Supremo. Quien lo haya hecho sabrá que resulta que muchas STSs examinan, en párrafos y folios la existencia del nexo causal entre conducta y resultado, y dedican líneas a valorar éstos sin mayor profundidad que la que se derive de las pruebas relativas a las declaraciones de las partes procesales, o las periciales oportunas, (respecto a la negligencia) y del dictamen pericial (respecto al daño). En definitiva, una exagerada cantidad de las STSs, se centran en el nexo causal para construir el cimiento en el que sostener el concepto de responsabilidad médica. Ahora mismo lo veremos con más claridad.

IIIº.- 1º. 1º. 2º- Las anómalas consecuencias de la especial relevancia del nexo causal para la apreciación de la culpabilidad del profesional médico.

Antes de nada, quiero refrescar la memoria sobre el juicio, el veredicto, que nos inspira cierta historia; sabemos que Caín golpeó a Abel¹⁹ con la quijada de un asno, para obtener un plato de lentejas; pues como hubo muerte y hubo acto y hubo móvil premeditado, hay asesinato. Pues, a lo mejor no; examinémoslo desde otro ángulo (ángulo, por cierto, que es el narrado en la Sagrada Biblia); Caín, que efectuaba ofrendas a Dios, que Éste recibía con menor agrado de los que ofrecía su hermano menor quería, por hambre, alimentarse de un plato de lentejas que, aunque propiedad de Abel, éste no comía y para satisfacer su hambre Caín buscó, entre la multitud de piedras volcánicas, de pesos de entre 7.500 y 15.000 gramos, algo que no matara, pues el tenía hambre y no ganas de matar, y encontró la quebradiza y podrida quijada de un asno, técnicamente

capaz solo de herir y de un peso de unos 800 gramos (pues un hueso muerto es siempre menos consistente que un hueso vivo y por ello, pensó Caín, inteligentemente, que se fracturaría el hueso del asno antes que el del cráneo de Abel), y, con la única finalidad de privar a su hermano de sentido y así gozar de las lentejas, le golpeó, una sola vez, en la cabeza, produciéndole, sin embargo la muerte²⁰. Este ejemplo, ajeno al TS, pero de más fácil comprobación que las propias STSs, (véase El Génesis, en La Biblia) sirve para indicarnos que si basamos la apreciación de un hecho en un nexo causal se pueden producir una auténtica aberración, como resulta de este ejemplo, alguno de los dos relatos de la muerte de Abel es intrínsecamente aberrante, nosotros solamente decimos que:

-el primero da por sobreentendido el “nexo causal” en el relato fáctico (golpe + muerte + lentejas = asesinato) y

- el segundo no solamente no lo presupone, sino que lo examina de forma autónoma y separada de los hechos (hambre + posibilidad de comida, si se anula momentáneamente la vigilancia del alimento + acto típico de tal anulación = accidente mortal impune por ausencia de “animus necandi”, no hay ni negligencia, pues la conducta de Caín, por malvada que sea, procede de un correcto valorar, en el que ha interferido un resultado anómalo, ajeno a su conducta).

Hemos afirmado que en multitud, mayoría absoluta, de las STSs se introduce el nexo causal en el relato fáctico enjuiciado cuando estamos ante un acto médico. Muy modestamente, pero muy enérgicamente también, consideramos, que ésta forma de actuar no es la propia del silogismo básico que constituye la sentencia. El silogismo, en general, es un argumento que consta de tres proposiciones, la última de las cuales se deduce de las otras dos. La sentencia, es un silogismo jurídico en el que se aportan, primero, elementos de hecho, en segundo lugar, razones de derecho y en tercer lugar deducciones o fallo. Pero, claro está, que si para que exista el hecho, de la primera de las proposiciones, tiene que existir un “nexo causal” (entre conducta y resultado) que no es nunca un elemento fáctico, sino que siempre es ideológico, y que sin embargo se incluye o se da por supuesto en la proposición primera del silogismo judicial²¹ en realidad la sentencia jurídica ordinaria en los que respecta a la responsabilidad médica viene a estar viciada, ya que, en la parte de los hechos, se incluye, por norma general y de modo implícito, un elemento no fáctico, como es el “nexo causal” (luego, casi siempre, de modo explícito, en la segunda proposición, la de las razones jurídicas, se vuelve a incidir sobre el “nexo causal”); resultado que el silogismo está predeterminado y es de una construcción incorrecta. Luego explicaremos por qué los juristas solemos hacer uso de tan equivocado sistema lógico, tiene una clara explicación. Pero, antes de explicarlo, continuémos en su análisis.

Resulta que este incorrecto silogismo viene, en general, a ser de dos tipos, veamos;

- Silogismo judicial de tipo 1º: El doctor A administró al paciente B una dosis tan alta (100 mg, en vez de 10 mg) de benzodiazepinas que ineludiblemente, le vino a causar una depresión del Sistema Nervioso Central, que le produjo un resultado inevitable, que consistió en una situación comicial transitoria por la que reclama ahora; aplicando lo que dispone el artículo 1.902 del Código Civil, (o 157 del Código Penal) a este hecho, debemos condenar y condenamos a A...

- Silogismo judicial de tipo 2º: El doctor A se ausentó doce minutos de su asignado servicio de urgencias para asesorar a su colega X sobre los urgentes criterios a aplicar a un paciente Y, y mientras tanto el paciente B, padeció una pronosticable y grave

depresión del Sistema Nervioso Central, pues una previa ingestión masiva de benzodiazepinas, en una acción autolítica, lo hacían pronosticable y prueba de ello era que el Dr. A había ordenado su ingreso en la UCI, por lo cual se halla, hasta hoy, en estado de coma grado 4, y por lo que ahora reclaman sus familiares; aplicando lo que dispone el artículo 1.902 del Código Civil, (o 157 del Código Penal) a este hecho, debemos condenar y condenamos a A...

Leyéndoles, incluso sin ninguna atención, es evidente que, dentro de los hechos narrados, se incluyen valoraciones o dicho técnicamente, “nexos causales”. Esta razón explica, ahora, la insólita similitud que acabamos de ver entre dos sentencias que condenan, una grave imprudencia, con un resultado lesivo mínimo, que una leve imprudencia con un resultado lesivo alto; porque ambas resoluciones tienen la base íntima ni en hechos ni en razones; se fundamentan en la incorrecta situación de la existencia del “nexo causal” en el relato de hechos y ello, perdonen la expresión, puede ser (y es) origen de injusticias legitimadas por los Tribunales.

Nosotros sí que creemos entender, o justificar, el por qué de esta tendencia a incluir el nexo causal en el relato de hechos; y es que en la conducta médica es muy difícil de narrar un hecho y sus consecuencias si no se dan por presupuestos y se consideran existentes axiomas ajenos a los propios hechos ya que estos mismos hechos, y sus consecuencias, no son idénticos ni iguales, en todos los pacientes o en todas las circunstancias. La clave está en que en el terreno médico, lo hemos visto y lo veremos luego, no hay correlación obligatoria entre tratamiento y resultado, entre fármaco y respuesta al mismo. Y eso, en vez de asumirlo el jurista, lo sustituye manipulando, si, manipulando, el relato fáctico cuando se trata de dilucidar la responsabilidad médica. Médicamente no hay clara correlación entre tratamiento y curación, pero jurídicamente sí que lo hay, o mejor dicho, lo impone el Juez. Por eso mismo, para asentar un concreto suceso médico dentro de la normalidad se utilizan términos tales como los subrayados en el párrafo anterior, cuya finalidad es la de dar consistencia y credibilidad a un acto médico de resultado dañino, para poder así alcanzar su cualificación como de culpable. Supongamos que no se hiciera así, por un momento; la conclusión es que el número de sentencias absolutorias sería infinito, en la profesión médica. ¿O no?

Resumiendo; es el nexo causal (inexplicado por inexplicable, casi siempre); no es ni el grado de negligencia, ni el resultado mas o menos gravoso en la salud del paciente lo que sirve para un análisis judicial del, creemos ya superado, sistema español del examen de la responsabilidad médica. Y este nexo causal, comocasi nunca es palpable o demostrable, se viene a introducir en el relato fáctico (de forma clara o mediante afirmaciones de las que se deduce), que es “propiedad” del Juez dado que el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²², habla de “...las reglas de la lógica y de la razón...”, pero, por favor, es que no lo mismo la lógica cristiana que la animista, ni la lógica médica es la lógica jurídica y en cuanto a los razones. Ocurre lo mismo con la razón; la razón del actuar médico es la protección de la salud, pero no la curación, como defienden millares de demandas y sostienen millares de sentencias. La razón jurídica es la protección o la reparación de los Derechos del ciudadano, entre ello el de la recuperación de la salud, mediante la curación; ambas razones habrán de chocar inexorablemente, al menos con el sistema jurídico actual español. Ahora se entiende que en el derecho médico tratamos como una culpa extracontractual la que se deriva de un acto médico pactado mediante relación contractual y es que el terreno de la culpa por negligencia está muy bien abonado para que fructifiquen ideaciones o silogismos muy

adaptables a la necesaria coherencia de la resolución judicial, cosa que no ocurre en el ámbito contractual, con sus cláusulas que debemos interpretar como ordena el artículo 1.281 del Código Civil²³. Y esto se hace de forma, evidentemente, inconsciente y generada por la legítima y obligatoria compulsión jurídica por satisfacer los derechos del ciudadano y satisfacerlos con lógica y coherencia.

III.- 1º. 2º- La solución a esta situación.

Por ahora solamente hemos hablado (en tono crítico, lamentablemente) de incongruencias, de incompatibilidades y de hipótesis. Este escrito quedaría en tiempo perdido para todos y en tinta inútil sino se aportara, ahora, y aunque ello sea una clara imprudencia, alguna posible solución a los temas analizados, que terminen, quizás, con alguna de las incongruencias delatadas, de algunos desentendidos entre los campos médico y jurídico.

IIIº.- 1º. 2º. 1º- La solución a esta situación en el derecho comparado.

Mirando hacia el exterior, ciertamente observaremos que, en el plano internacional, se ha experimentado una evolución notable, sobre todo en Estados Unidos y Alemania, que en nada coinciden con el criterio español de culpa por negligencia. Examinemos ambos sistemas de valoración de la culpabilidad médica, de muy reciente construcción:

1º.- En los Estados Unidos de América la solución obtenida mucho se aproxima a la llamada responsabilidad objetiva ya que se minusvaloran los criterios del acertado diagnóstico, de la formación o de la actuación del facultativo y se híper valoran los resultados obtenidos. En la jurisprudencia norteamericana, en definitiva, se ha venido aplicando la regla "res ipsa loquitur"²⁴ siempre que concurren los requisitos siguientes:

- a) encontrarse en presencia de un evento que no habría acaecido de no haber concurrido una conducta mínimamente negligente,
- b) que el daño no hubiese sido causado si no por la conducta atribuible al médico en el ámbito estricto de sus funciones, contractualmente delimitadas, y aquí sólo deberá atenderse a la actuación de los facultativos conforme a su contrato con el paciente y a la lex artis y
- c) que el daño no hubiese sido ocasionado por un comportamiento concurrente del enfermo.

2º.- En el continente Europeo y, sobre todo, en la jurisprudencia germánica, se advierte desde hace algún tiempo un profundo distanciamiento del postulado español de la responsabilidad subjetiva, por culpa o por negligencia y es que en Alemania se viene utilizando la "Waffengleichheit" (igualdad de oportunidades, supliendo la posible indefensión por inferioridad de medios de una de las partes, casi siempre el paciente) a los actores en el proceso. Traduciéndose, en la práctica y significando ello, en esencia, que es un deber el de probar su correcto proceder por parte del médico para así obtener la sentencia absolutoria. Aclaremos, no es que el profesional médico alemán se halla ante los Tribunales de Justicia con una presunción de culpabilidad, pero si que está compelido a probar, o a que se compruebe, la corrección de su asistencia o tratamiento al paciente

que no obtiene el resultado esperado en el ámbito generalizado de los resultados médicos. En efecto, en Alemania, la aplicación del principio de igualdad y del deber de probar por parte del médico de una adecuada aplicación de la “lex artis” (esencia del concepto de Waffengleichheit) ha llevado, en muchas ocasiones, a procedimiento en los que parecería invertirse el “onus probandi”, según lo ordena por ejemplo el artículo 217²⁵ de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Por ejemplo, si hay un empeoramiento de la salud o un resultado negativo como consecuencia del tratamiento médico, quien alega este empeoramiento, normalmente el enfermo, no tiene que probar, en Alemania, que existe tal agravamiento, sino que, por el contrario el empeoramiento se da por acreditado y es la otra parte judicial, el médico demandado generalmente, el que está obligado a probar la inexistencia de ese empeoramiento o que el mismo solamente procede del devenir, esperado, de la dolencia de su paciente, pero nunca de su intervención. Pero, claro está, esto tampoco significa un principio de presunción de culpabilidad o una inversión de la carga de la prueba; tan sólo es una norma procesal, de origen jurisprudencial, que, pese a considerar a alguien inocente, le obliga a que pruebe su recto proceder, en vez obligar a la otra parte a probar un incorrecto proceder que ha alegado.

Des estos dos sistemas legales foráneos tenemos que hacer las siguientes precisiones;

- a) que el sistema médico norteamericano, escasamente público, y basado en una onerosa prestación de servicios, que se pacta mediante contrato, mucho tiene que envidiar del sistema sanitario español, gratuito y de carácter público, generalmente. Por lo allí sí que encaja perfectamente explicar la responsabilidad médica mediante criterios culpabilísticos de carácter objetivo.
- b) que situar a un profesional médico en una obligación procesal específica, como pasa en Alemania, basada, solamente, en su profesión es claramente discriminatorio y plantea interrogantes tales como ¿por qué no se aplica al mecánico, al abogado o al arquitecto? Además ello entra en clara contradicción con lo que disponen los artículos 9 y 14 de la Constitución Española.²⁶

IIIº.- 1º. 2º. 2º- La posible solución a esta situación en el derecho español; la asimilación del derecho comparado.

Como siempre, una solución puede tener su origen en el “que inventen ellos” o en la formulación de unos criterios lógicos propios y apropiados para resolver la problemática denunciada; apostamos por esta segunda idea.

Recordemos lo que antes decíamos en relación a la “quijada de un asno”; lo que para una sociedad es admisible para indicar una culpabilidad puede resultar insuficiente para hacerlo o en otra sociedad o con otro análisis. Hemos hecho una valoración de la conducta de Caín y si seguimos leyendo la Biblia resulta que la “quijada de un asno” sí que es considerada arma letal y así sucede que, respecto a Sansón, se habla, como adelantábamos, que mató a un millar de varones, precisamente con ese mismo instrumento (véase nota dos). Pues bien, esto, para nosotros, nuestra cultura médica, jurídica y pericial, y si no, solicítese informe a la policía científica para corroborar tal afirmación; es inaplicable. Ciertamente una mandíbula de un asno al vigésimo golpe, pongamos por ejemplo, dejará de ser incisiva y solo contusionante, y al trigésimo golpe,

con seguridad, por la simple razón de que al golpear tan repetidamente sobre un objeto mas consistente (un cráneo viviente) se fracturará en pedazos y será incapaz de continuar matando, pero así lo sostiene, repetidamente vemos, Las Santas Escrituras. Con este ejemplo, solamente queremos decir que no siempre es bueno importar doctrinas, soluciones o criterios legales foráneos (aunque sean bíblicos) a la estructura legal española, dando, además, por supuesto que la frase de Unamuno ya goza de cierto descrédito. Hecha esta aclaración y examinado ya el ramillete de incongruencias que en España se descubren en el derecho médico, y las dos soluciones que se han hallado en los derechos americano y alemán, respectivamente, procede ahora intentar encontrar una solución patria.

Y así resultará que:

1º) si elegimos la vía alemana resultará, ineludiblemente, que acabaremos quebrantado la recientísima norma que, respecto a la obligación de probar lo alegado se recoge en el artículo 217 (véase nota final número 25) de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pero que

2º) si aceptamos el sistema americano de responsabilidad médica basada en el resultado, también, inevitablemente, acabaremos por infringir el principio de presunción de inocencia del artículo 24²⁷ de la Constitución Española.

IIIº.- 1º. 2º. 3º.- La posible solución a esta situación en el derecho español; la creación de una doctrina propia.

Modestamente, y ante el cúmulo de incongruencias detectadas en la estructura de la imputación de la culpabilidad en la conducta del profesional médico, mejor sería que iniciáramos una lenta evolución hacia la construcción de un nuevo sistema para el examen de la culpa médica. Y para ello, evidentemente, no podemos dar un salto en el vacío y crear alegremente nuevas doctrinas, figuras legales o criterios interpretativos; lo correcto es adaptar criterios, formas, métodos y silogismos ya existentes en nuestro derecho patrio. Otra actitud, en el mundo jurídico, y por este modesto autor, será una lamentable e irrisoria imprudencia, de una escasa permanencia como criterio estable doctrinal o jurisprudencial. Examinemos, desde esta perspectiva, posibles soluciones:

- a) Examinar la responsabilidad médica como la derivada, estrictamente, de una relación contractual,
- b) considerar la conducta del médico como impune, excepto, si se trata de una conducta dolosa.
- c) promover una reforma legal que especifique las normas aplicables a la responsabilidad en el campo de la sanidad.
- d) aprovechar instituciones jurisprudenciales o doctrinales ya existentes como serían la de la posición de garante, la responsabilidad cuasi-objetiva o la “excusa absolutoria” por error invencible, por citar algunos ejemplos.

De las cuatro soluciones apuntadas, por los motivos que, respectivamente, citaremos ahora mismo, hemos de inclinarnos por la expuesta en el apartado d). Y descartamos las tres primeras por los siguientes criterios:

1º.- Respecto a la solución a), la relación contractual médico-paciente es demasiado específica como para aplicarle un sistema común, que es en realidad lo que,

ahora, en contadas ocasiones, o bien hace la doctrina o bien hace la jurisprudencia, sin avance sustancial o evidente y de forma esporádica, excepto, claro está, a lo que se refiere a la medicina no necesaria para la salud, cuyo paradigma es la cirugía estética.

2º.- Respecto a la solución b), no cabe incluir en nuestro sistema legal un criterio que quebrante el perfectamente definido en la Constitución Española²⁸, de la igualdad de todos ante la Ley.

3º.- Respecto a la solución c), recientemente la Soberanía Popular, representada por el Parlamento Español ha aprobado la Ley General de Sanidad y no ha incluido, para nada, un criterio especial respecto a la exigibilidad de la conducta médica y menos para la responsabilidad por su incumplimiento, de lo que se deduce que no es éste el camino a seguir debido a que presupone cierto enfrentamiento con la Soberanía Popular, incompatible con un Estado Democrático de Derecho.

Nos queda la solución que marcábamos antes como d), que es la que proponemos, y aunque más compleja y acreedora de una mayor meditación, merece, al menos, un inicial aprobado. Adaptemos alguna figura legal existente en el derecho patrio, con evidentes coincidencias con la problemática de la medicina frente al derecho y lentamente acabaremos por obtener un nuevo criterio y seguramente un nuevo concepto, que no sólo nos libre de las incongruencias detectadas, sino que también satisfaga por igual los intereses legales de la ciudadanía y los derechos personales de los profesionales médicos, mediante el prudente arbitraje de los Tribunales. Citemos algunas figuras que podrían evolucionar con ese propósito:

1º.- Las teorías de la responsabilidad cuasi-objetiva.

2º.- La adopción de muy diversos criterios y axiomas que asignen la culpabilidad, como ocurre en el derecho de la circulación viaria.

3º.- La creación de una jurisdicción específica, para el derecho médico, con sus criterios propios, como recientemente se ha hecho con la temática de la violencia de género. Es decir, resituarse el conflicto mediante la especialización de Magistrados en el Derecho Médico.

4º.- La responsabilidad basada en la culpa “in eligendo”, que sancionaría como culpable a aquel profesional médico que asume un riesgo para el que no estaba capacitado, si su conducta provoca un resultado lesivo.

5º.- La resituación del médico dentro de la figura de la “posición de garante”.

Y dentro de los ejemplos citados, este autor, tras alguna formulación errónea de la culpabilidad médica y de algunas lecturas, se ha de inclinar por aplicar, concretamente, la de extender el muy vigente y aceptado concepto de la **“posición de garante”** a los actos propios de la profesión médica, sean éstos activos u omisivos. La construcción patria de los criterios que configuran “la posición de garante” son, además, modernos, evolucionados pero evolutivos y tienen escasos detractores cuando su formulación es correcta. Por ejemplo; es difícil leer algún texto que menosprecie la construcción legal que vulgarmente conocemos como la “responsabilidad del guardagujas ferroviario”, o la posición de garante de la “madre respecto a la atención de su recién nacido”²⁹, nada moderna pero aceptada por todos, casi sin trauma y casi sin disquisiciones conocidas. Pasamos a examinarlo.

IIIº.- 1º. 2º. 4º.- La posible solución a esta situación en el derecho español; la figura de la “posición de garante”, aplicable al sector médico.

Antes de entrar a valorar la posible inclusión o conexión entre las doctrinas de la posición de garante y la exigibilidad de la culpa en la conducta médica hay que recordar algunos asertos que, páginas atrás, efectuábamos;

1º).- la cualificada posición de la Administración Sanitaria, en cuanto organización cuya primordial finalidad es de hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, que se consagra en el artículo 43³⁰ de la Constitución, y se enraíza en el fundamental derecho individual a la integridad física definido en el artículo 15³¹ de la norma fundamental,

2º).- la actuación y la conducta médica no es libérrima y viene ceñida a la observancia de la “lex artis”, la “lex artis ad hoc” y a la aplicación de los “protocolos médicos o médico hospitalarios”,

3º).- la imprescindible afirmación de que el objeto sobre el que recae el acto médico; la salud humana (véase nota número11) es voluble, diferenciada en cada individuo, inexacta e, incluso, muchas veces, imprevisible. Y entiéndase, de una vez, que el concepto de “salud”³² no es el concepto de “vida”³³ o de “integridad física”³⁴, que de forma exasperante repiten, incurriendo en lo que nos parece un flagrante error, tanto algunos Letrados como algunos Jueces. Véanse las tres definiciones académicas adjuntadas para advertir la profunda diferenciación de los tres conceptos, que sólo teleológicamente, pueden tener cierta conexión.

4º).- la circunstancia de que quien acude a un tratamiento médico ya presenta, generalmente, al menos de modo indiciario, un quebranto de lo que es el objeto del contrato; su propia salud,

5º).- la constante evolución/involución de las ciencias médicas y farmacológicas,

6º).- la existencia de dos tipologías de actuaciones médicas; la derivada de un contrato de arrendamiento de servicios y la derivada de un arrendamiento de obra médica. Pues bien, anunciemos que ésta segunda no entrará, desde ahora, en este análisis, al considerar el que escribe, que con la aplicación de las normas relativas a la responsabilidad por el incumplimiento de los contratos de arrendamiento común de obra, aunque intervenga un médico, (como si interviniera un mago), hace que todo posible conflicto de criterios o disquisición esté, inicialmente, infundado ya que no hay por qué diferenciar, forzosamente, lo que no es diferente. Estos contratos, aunque afectan a profesionales médicos, no han de ser considerados, en una equilibrada exégesis, como contratos médicos típicos de arrendamiento de servicios, que no implican la obtención de un resultado, y a los que no les afectan las excepciones anteriores.

Significadas las anteriores cuestiones hay que entrar en la posibilidad de que mediante la aplicación de la figura de la posición de garante al médico, ya muy adoptada (véase la nota final 29) y no beligerante en otras áreas del derecho español, se podrían resolver, a mi modesto modo de entender, las incongruencias delatadas. Quiero recordar, de nuevo, que el ejemplo de “la quijada del asno” ha de prevenirnos de importar, alegremente, criterios que sí que son válidos en otros sistemas jurídicos, dentro de la figura de la posición de garante, cuando en esos sistemas foráneos es aplicada a determinadas profesiones o personas. Y también quiero recordar que el tratamiento médico, teóricamente. Se componen de dos tipos de actos:

- Los comisivos, como sería una sutura, o una intervención quirúrgica, o una administración de medicación.

- Los omisivos, como serían la obligación “guardar cama”, no consumir grasas, no fumar o evitar esfuerzos. Su paradigma se halla en la escayola, como método de soldadura de huesos fracturados.

Pero esto es sólo teoría, y es que, en realidad, en los protocolos médicos, analizados particularmente, observamos que no se hace diferenciación alguna, al menos respecto al paciente, en lo que son acciones y en lo que son omisiones y que su “receta” por el médico tampoco hace, nunca, esa diferenciación que aunque procedente del mundo real, no es asumida como una categoría específica dentro de la práctica médica. Ni los juristas entendemos muy bien lo que es el colesterol bueno y el colesterol malo, ni los médicos entienden claramente lo que es una acción médica y lo que es una omisión médica, dentro ambas de un tratamiento médico. Por ejemplo, indicar, en la historia clínica que el paciente reciba una dieta de “protección hepática”, en realidad no es una acción, es la omisión de la dieta general hospitalaria (¿o no?) y esa diferenciación, la omisión de la acción no la hacen los criterios médicos, como los juristas no hacemos diferencias, a efectos legales, entre grasas vegetales y grasas animales, en términos generales. Por eso, rotundamente, entendemos que la posición de garante médico, ya ha de tener una especial cualificación, que reside en su no distinción entre conductas activas y conductas omisivas, en contra de lo que, en general, viene a sostener, por ejemplo, D. Carlos Mir Puig, Magistrado, en su magnífico análisis de “La posición de garante en la Jurisprudencia de Tribunal Supremo”, que para este autor ha sido de ineludible y repetida lectura.

IV.- CONCEPTO BÁSICO DE “LA POSICIÓN DE GARANTE” EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Como ya hemos dicho, hay que hacer mención a la conjunción que, en el Derecho Patrio, se hace, muy frecuentemente, entre los conceptos de posición de garante y comisión por omisión. Pues bien, confirmando nuestros anteriores párrafos, en lo referente al Derecho Médico no encontramos razón alguna para sostener, como inquebrantable, esa conjunción. El citado Sr. Carlos Mir Puig, en el texto referido, decía (él lo hace para el ámbito penal y nosotros asumimos las que afirmaciones, que vamos a transcribir, como aplicables, asimismo, al ámbito de la responsabilidad civil; luego entraremos en ello) que “...NAGLER es el creador de la teoría “del garante”, según la cual, no toda omisión de una conducta activa que hubiere impedido el resultado es, sin más, “típica”. Para que así suceda, es necesario que el omitente se halle situado en una especial “posición” de la que se derive, inmediatamente, una obligación por su parte de garantizar determinados bienes jurídicos, alejando el peligro que sobre los mismos se cierne. Dicha posición de garante es un complemento de tipicidad, de manera que la omisión sólo será idéntica a la comisión en sede de tipicidad, y no de acción o de antijuridicidad, y que tanto la omisión como la comisión realizan el tipo de la Parte Especial, en el que se contiene el delito comisito...”. Es decir, que para Nagler la posición de garante ya no es sólo una pura omisión, es también una previa situación activa del que, en un momento dado, deviene garante, ello dentro del Derecho Penal, con lo cual, implícitamente, se viene a requerir una tipicidad anómala, pues al tipo penal rigurosamente tipificado se añade la comisión omisiva y se añade, además, una previa situación legal del pretendido autor del delito, de origen contractual. Eso es mucho pedir para una responsabilidad estrictamente penal y afectará, seguramente, en mayor o

menor medida a los Derechos de Igualdad ante al Ley y al de Seguridad Jurídica, imperantes en todo Estado de Derecho, aunque la cuestión sería discutible.

IV. 1º.- 1º.- Una concepción específica de “la posición de garante” en el derecho médico español.

La posición de garante, sucintamente, para los ámbitos civil y penal y, dentro del actuar médico, para las acciones comitivas activas y las omisivas, se configura como la existencia de un compromiso específico por el profesional médico de constituir una barrera de contención para riesgos determinados que amenazan a concretos bienes jurídicos que se agrupan en torno al concepto amplio de la salud (véase nota 25) del paciente. Pero, cuidado, entendamos bien lo dicho, no debemos presuponer que la posición de garante sea algo que viene;

- ineludiblemente asociado a la condición de cualquier profesional médico sino que sólo existe junto con
- la muy específica concurrencia de la circunstancia que la no prestación de un servicio de auxilio médico ha de recaer sobre la persona que ha contratado con ese médico, un contrato de arrendamiento de servicios médicos específico.

Por ello, la mera observancia o consciencia de un peligro para la salud de un ciudadano cualquiera, pero no contratante de servicio médico alguno con ese médico, impedirá que ese profesional médico devenga como un sujeto socialmente situado en la posición de garante de los peligros que acechan a la ciudadanía en general. No basta para deducir una posición de garante la titulación oficial del médico, sino que será preciso que además que éste tenga el dominio del ámbito, factual y personal, dentro del que se ha producido o bien ese peligro o bien se ha consumado ya un resultado insalubre, y ese dominio nace, generalmente, de una previa relación contractual. Es decir, no por ser profesional médico se obliga uno a velar por la salud de la totalidad de sus conciudadanos y, por ejemplo, prohibirles fumar a todos, comer grasas insaturadas o a atender a un lesionado en mayor o en menor medida, que la obligación que tiene el común de los ciudadanos. Y es que esa conducta, cuando deviene obligada, en nuestro derecho está prevista y se configura en el concepto de “omisión del deber de socorro” del ámbito penal³⁵, tan lejano, aunque aparentemente próximo, a la figura de la posición de garante. Es decir, la posición de garante del médico nace de un vínculo, legal o contractual, y no de la posesión de una titulación universitaria.

A modo de chistosa ocurrencia, pensemos en el odontólogo que incansablemente examinara las dentaduras (forzando la apertura de la cavidad bucal) de todos cuantos se cruzasen en su camino, para hallar una gingivitis y evitar así alguna responsabilidad jurídica. Evidentemente, solamente, habrá de abrirle la boca, en el sillón odontológico adecuado, a aquel que ha venido voluntariamente a solicitar sus servicios, ante la dolorosa aparición de un problema ocasionado, por ejemplo, por “las muelas del juicio”, y esto de “juicio”, no tiene doble lectura.

IV. 1º.- 2º.- Las concretas cualidades de la posición de garante en el derecho médico español.

Ya más en serio, estudiando la figura de la posición de garante ésta puede aparecer configurada en dos vertientes diferenciadas:

1º.- como una simple situación, de origen abstracto, que se traduce en la adquisición de una responsabilidad específica de un ciudadano, por ser policía, electricista, bombero o sanitario (o médico)... ante una situación concreta y de la que carecen otros ciudadanos y

2º.- como un auténtico compromiso en la evitación de riesgos definidos, bien sea contractualmente, bien sea legalmente, en base a una situación profesional o cuasi-profesional personal del que ocupará la “posición de garante” que va unido a una específica responsabilidad jurídica en caso de incumplimiento.

Como ya hemos adelantado, esta segunda faceta, es la que a nosotros en lo referente al médico que se compromete a la vigilancia y cuidado de un deterioro de la salud, nos interesa y sólo respecto de un paciente específicamente suyo, que mediante relación contractual así lo ha estipulado. La salud (deterremos el concepto homónimo de “salud pública” que solo serviría para confundirnos) es algo intrínsecamente individualizado y por lo tanto la obligación del profesional médico tiene que ir acorde a esta individualización; no podemos generar o sólo admitir, por irrisorio, la posibilidad de que un concreto doctor en odontología se halle en la imposible situación jurídica de ser garante de la salud de todos sus conciudadanos. Solamente cabe, tanto conceptualmente como materialmente, hablar de posición de garante del médico con respecto a “sus pacientes”, nunca a la población en general. Y ello;

1º) por que fácticamente resulta imposible.

2º) por que el tratamiento médico, por parte del enfermo, es voluntario y no obligado.

3º) por que nadie puede asumir o recibir una obligación indefinida e indefinible, como es el velar por la salud, en general, de todos los ciudadanos.

Hay una importante y específica cualificación de la posición de garante del médico y es que por lo ya dicho y en lo que merece la pena insistir, en la función médica, el compromiso no abarca el resultado y, en su consecuencia, la no obtención del mismo, sea tanto por actos comisivos como por actos omisivos, en el fondo, carecerá de importancia. Si, sólo por culpa del médico, que no mantiene una adecuada custodia de la salud del paciente que le asignó esa labor, dará lo mismo, en cuanto a la generación de una responsabilidad, que esta ausencia de custodia, tenga su origen por aplicarle una terapia incorrecta como que sea por no aplicarle terapia alguna. Con esta formulación, en el exclusivo caso del derecho médico que tratamos, se salva la inútil disquisición de que el daño a la salud tenga origen en una actividad o en una pasividad del tratamiento médico al que se ha comprometido, pues en nada importa ese extremo.

Así, por fin, ya empezamos a desenlazar el nudo gordiano de la cuestión planteada ante las incongruencias que, modestamente, detectábamos en el análisis actual de la responsabilidad médica por los Tribunales y por la Doctrina Española. El médico es responsable, fuera del ámbito contractual, como agente social situado en la posición de garante, respecto a concretos y definidos ciudadanos.

V.- CONCLUSIONES FINALES.

Para finalizar, analicemos que, con esta formulación, por ejemplo, queda eliminada la incongruencia de que sea igualmente castigada

- una negligencia grave con un daño mínimo que
- una negligencia leve con un daño elevado.

Si el médico ha asumido la posición de garante lo que determinará sus responsabilidades es la mayor o menor atención, diagnóstico precoz y tratamiento efectivo del paciente, sea cual sea el resultado final que en su salud se cause (que como hemos dicho, depende de cada individuo y nunca es inexorablemente exacto- véanse las notas finales 23 y 24). Y con esta formulación también desaparecerá la posición hegemónica que ahora ocupa el “nexo causal” para el examen y valoración de la responsabilidad médica y esa hegemonía se desplazará a la conducta del médico respecto al compromiso contractual adquirido, como es lo lógico y que, además, resulta que una conducta sí que es objetivamente valorable y que sí que es igual para todos los seres humanos. Y lo que es más importante, es que este sistema de examen de la responsabilidad médica, es tan congruente como inteligible por un médico, que por el contrario, en la actualidad, se asombra, aunque sea psiquiatra, cuando oye hablar del “nexo causal”, como origen de su responsabilidad. Un odontólogo si que entiende que cuando tiene que cuidar del dolor causado por “las muelas del juicio”, está también obligado a detectar una gingivitis, por que ha pactado no sólo el tema del dolor de muelas, sino que, implícitamente, pero de forma efectiva en el ámbito de responsabilidad jurídica, ha asumido una concreta posición de garante en lo que respecta a la salud bucal de su paciente. Y el dentista seguramente sospecha, sin haber leído texto legal alguno, que su paciente podrá acudir a los Tribunales cuando, después de la extracción de una muela, sufre una infección, un sangrado de encías o una fealdad de la dentadura, que el profesional médico incardinado en la odontología, podía, si hubiera adoptado las normas propias de cualquier médico previsor, evitar. Resulta así que, aquí sí, la responsabilidad legal de ese dentista procede:

- del incumplimiento de un contrato, en el que se comprometió, además de a resolver un concreto problema, a velar por la salud dental del cliente,
- de la realización de una conducta, activa u omisiva, voluntaria y consciente que se advierte por el deterioro, presente o futuro, de la salud de su paciente (en realidad, esto, que es la clave de la posición de garante, ya lo asumen, inconscientemente, en la práctica diaria los profesionales médicos, que inexorablemente dicen, después del pago y mientras efectúan un apretón de manos “vuelva usted en unos meses, para vigilar esa boca) y
- de la generación, que se deriva de los dos factores anteriores, de un específico daño o deterioro, presente o futuro, de la salud dental que se le encomendó.

Con este planteamiento quedan salvadas las incongruencias delatadas, tales como.

- exigir responsabilidad extracontractual, cuando existe una relación contractual,
- situar en el ámbito del “nexo causal” la culpabilidad médica y no en la conducta o en la voluntad,

- valorar el daño como un elemento de la culpa y no simplemente como un resultado, que se traducirá en una indemnización.

Es decir, si un médico, ya situado como garante contractual de la salud de un concreto enfermo examina bien una radiografía, deduce correctamente lo que marcan las coordenadas de un electrocardiograma o evalúa adecuadamente un síndrome y a continuación, por sus específicos conocimientos médicos, elige el tratamiento usual y correcto frente al síndrome que delata, adecuadamente, un deterioro de la salud específico y catalogado en cualquier protocolo de actuación médica ya no deviene responsable jurídicamente de nada, pese al exitus, por ejemplo, de su paciente. Su función es la de prevenir los riesgos del deterioro de la salud (la caries en el ejemplo anterior) pero no imposibilitar que estos se produzcan, pues la ciencia médica no está en condiciones de imposibilitar casi ninguna alteración conocida, o desconocida, de la salud humana; solamente puede intentar prevenirlas e intentar curarlas. Y es que, curiosamente, en eso consiste la posición de garante en el derecho español. Y aquí, lo único que se hace es la más que modesta labor, de resituarla en la profesión médica y utilizarla como simple sistema de reclamación de la responsabilidad médica, obteniendo un resultado que evita las tres incongruencias, que hoy en día publican las STSs, que resumimos en el párrafo anterior.

Un último, que creo que sobra por evidente, argumento para resituarse la responsabilidad del acto médico en el terreno de la posición de garante y es el siguiente; en el contrato médico o en el contrato médico hospitalario se contrata la asistencia, el cuidado y la vigilancia de la salud, (pero nunca se pacta la vida o la integridad física- notas 24, 25 y 26-) y esto son cuestiones y conceptos del Derecho Civil, por lo que, y nada cuesta en el tema médico, que las teorías de la “posición de garante” han de traspasar la frontera del ámbito penal y asentarse, con más tranquilidad y más facilidad de lo que parece, en el ámbito civil. Basta una atenta, pero breve reflexión, para detectar el equilibrio, el punto central en que se sitúa la posición de garante entre los conceptos de “omisión del deber de socorro”, en sede penal y “responsabilidad civil por culpa o negligencia” en sede civil; pues bien, si sin ningún problema hace ya años el concepto de posición de garante se trasladó al ámbito penal, igualmente hoy lo puede hacer al ámbito civil, no vale la pena hacer mayores comentarios, de una cuestión que sólo depende de la voluntad y el esfuerzo de los factores jurídicos del sistema español.

Para concluir, insistir en que con el contrato médico no se pacta sólo la atención de un deterioro de la salud, se pacta, también, implícitamente, un compromiso de vigilar especialmente la evolución de esa salud, con independencia de que esta evolución sea favorable o desfavorable y se responde cuando el deber de vigilancia adquirido por el médico ha sido desatendido, aunque se produjera una sanación inesperada y no hubiera daño en la salud; pero, cuidado, es que, de esa desatención no lesiva, sí que resultará un evidente incumplimiento contractual, exigible ante los Tribunales. Finalicemos con unos ejemplos;

- un vigilante jurado cumple y cobrará su sueldo mensual, si atiende a las pantallas de vigilancia de las cámaras de control del exterior de un almacén que le han asignado, con independencia, por ejemplo, de que unos astutos ladrones burlen las medidas de seguridad y cometan un robo, pero no cobrará y será despedido si, por ejemplo, dormita mientras no acontece robo alguno en la empresa cuya seguridad tiene asignada por contrato. Pues bien; el cuerpo humano sería el almacén, las cámaras de vigilancia, los protocolos médicos de diagnóstico, la vigilancia sería el propio acto médico y los hábiles

ladrones, virus y bacterias. Pues si es tan fácil entenderlo en un vigilante jurado ¿por qué no lo entendemos, desde ahora y así, para un profesional médico?

- otro ejemplo, ya más próximo al ámbito médico, sería el de la residencia de ancianos que proporcionara una dieta alta en sodio y grasas animales que, todos sabemos, perjudican al corazón y en ese caso incurrirá en negligencia, en culpa y en responsabilidad que se traducirá, por ejemplo, devolviendo las cuotas mensuales cobradas por el cuidado de los ancianos, ya que su obligación de cuidado de los ancianos lo ha hecho de forma impropia, pero, hete aquí, que ello acontece, sin que ningún anciano fallezca. Entonces, una vez resuelto este problema en esta Residencia de Ancianos, los mismos son ingresados en otra Residencia, que dispone de un médico dietista, que les alimenta correctamente, pero que, con la llegada de un frío invierno, por ejemplo, ha de dar de baja, por defunción, a media docena de sus clientes; pues bien, aquí, hay un resultado gravísimo, pero, evidentemente, no hay ninguna responsabilidad de los encargados del cuidado de los ancianos, solo toda muerte es el más lógico devenir de la humana condición. Y como ya hemos dicho “El Imperio de la Ley siempre estará sometido al Imperio de la Razón”. No caben pues, demandas, cabe solamente lo propio, las honras fúnebres, y nada más.

¿Por qué no aplicamos esta conceptualización a la medicina hospitalaria, en la que actualmente, si alguien muere, es fácil formular cualquier denuncia contra un médico? ¿Tanto cuesta deducir que los médicos, (y además lo dice la Ley General de Sanidad³⁶ ; el texto legal dice “salud” no dice ni “integridad física” ni “vida” que son otros derechos y que regulan otras leyes, como ya hemos dicho –notas 24, 25 y 26), velan por la salud de los pacientes, en el sentido estricto, literal y lógico del término y que no pueden velar por la vida del paciente en un sentido expansivo, una interpretación extensiva o un criterio finalista o de resultado?. Eso depende de los Dioses y hoy los médicos ya no son aquellos hechiceros, que representaban en la tierra los designios divinos, son titulados universitarios.

Con estas breves disquisiciones queremos contribuir, tal vez inocentemente, a que los ámbitos más esenciales para la ciudadanía; que son la salud y la seguridad, sean comprendidos con un único razonamiento, regulados por un sistema común y explicados por unas razones simples. Y con ello, seguramente, comience a desaparecer la creencia, más o menos explícita, de que el poder del médico/curandero o del juzgador/árbitro supremo, no procede de elementos propios de una concepción divina de la sociedad, sino de un democrático pacto social, al que todos, y cada uno en la labor que libremente quiera asumir, nos comprometemos. Que ya va siendo hora de que médicos y juristas nos entendamos; y es que no lo hacemos desde aquel incidente de Caín.

RAMÓN MACIÁ GÓMEZ
MAGISTRADO JUBILADO

<http://maciagomezramon.blogspot.com/>
<http://maciagomezmedicina.blogspot.com/>

¹ **Artículo 20 de Constitución Española.**- “...1. Se reconocen y protegen los derechos:... ..a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción... ..b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica... ..c) A la libertad de cátedra... ..d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades... ..2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa... ..3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social...”.

² **La Biblia. Libro de los Jueces 15-16.** “...Entonces Sansón dijo: Con la quijada de un asno, montones sobre montones, con la quijada de un asno he matado a mil hombres...”.

³ **Juramento Hipocrático.**- “Juro por Apolo el Médico y Esculapio... ..poniéndolos de jueces, que este mi juramento será cumplido hasta donde tenga poder y discernimiento... ..Instruiré por precepto, por discurso y en todas las otras formas, a mis hijos, a los hijos del que me enseñó a mí y a los discípulos unidos por juramento y estipulación, de acuerdo con la ley médica, y no a otras personas...”.

⁴ **Artículo 26 de la Constitución Española.** - Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.

⁵ **Artículo 27 de la Constitución Española.**- 1. Todos tienen el derecho a la educación... ..los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación... ..Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. Libro de los Jueces 15-16, La Biblia. “...Entonces Sansón dijo: Con la quijada de un asno, montones sobre montones, con la quijada de un asno he matado a mil hombres...”.

⁶ **Artículo 43 de la Constitución Española.**- “...1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud... ..2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto... ..3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio...”.

⁷ **Artículo 15 de la Constitución Española.**- “...Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes...”.

⁸ **Artículo 403 del Código Penal.**- El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente, incurrirá en la pena de multa de seis a doce meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de tres a cinco meses... ..Si el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad de profesional amparada por el título referido, se le impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años.

⁹ **Sentencia de 11 de marzo de 1991** y otras como las de 10 de octubre de 2000 o de 4 de abril de 2000.

¹⁰ **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders** o Manual Diagnóstico y Estadístico de Trastornos Mentales, nacido en 1952 y en constante evolución; DSM1 de 1952, DMS2, de 1968, DMS3 y DMS3R de 1987, actualmente ya se está en la configuración del DMS4. Desde el primero, con connotaciones freudianas y meyerísticas, al segundo, mas atento a la diagnosis y a la psicofarmacología y al tercero, que tiene una pretensión ateórica y se fundamenta en la metodología descriptiva.

¹¹ **Artículo 3 de la Ley General de Sanidad.**- 1. Los medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades.

2. La asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española.

El acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva.

Ley 14/1986, General de Sanidad, Página 6 de 48

3. La política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales.

¹² **Artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.**-Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización, y por escrito, del paciente y la aceptación por parte del médico y de la dirección del correspondiente centro sanitario.

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:

a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.

b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.

c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

7. A que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial. En caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad.

8. A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria

9. 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 artículo siguiente.

10. A participar, a través de las Instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen.

11. A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una Institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su Informe de alta.

12. A utilizar las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. En uno u otro caso deberá recibir respuesta por escrito en los plazos que reglamentariamente se establezcan.

13. A elegir el médico y los demás sanitarios titulados de acuerdo con las condiciones contempladas en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las que regule el trabajo sanitario en los centros de Salud.

14. A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, en los términos que reglamentariamente se establezcan por la Administración del Estado.

15. Respetando el peculiar régimen económico de cada servicio sanitario, los derechos contemplados en los apartados 1, 3, 4, 5, 6, 7, 9 y 11 de este artículo serán ejercidos también con respecto a los servicios sanitarios privados.

¹³ **Artículo 61 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.** En cada Área de salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes.

¹⁴ **Artículo 1.113 del Código Civil** “...Será exigible desde luego toda obligación cuyo cumplimiento no dependa de un suceso futuro o incierto, o de un suceso pasado, que los interesados ignoren...”.

¹⁵ **Artículo 1.588 del Código Civil.-** Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.

¹⁶ **Artículo 1.902 del Código Civil.** El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

¹⁷ **Artículo 152 del Código Penal.** 1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado: ...1º Con la pena de prisión de tres a seis meses, si se tratare de las lesiones del artículo 147.1... ...2º Con la pena de prisión de uno a tres años, si se tratare de las lesiones del artículo 149... ...3º Con la pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratare de las lesiones del artículo 150... ...2. Cuando los hechos referidos en este artículo se hayan cometido utilizando un vehículo a motor, un ciclomotor o un arma de fuego, se impondrá asimismo, y respectivamente, la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o del derecho a la tenencia y porte de armas por término de uno a cuatro años... ...3. Cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional se impondrá asimismo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a cuatro años...”.

¹⁸ **Artículo 5 del Código Penal.** No hay pena sin dolo o imprudencia. **Artículo 10 del Código Penal.-** Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley.

¹⁹ En hebreo, Hebel una de cuyas traducciones es la del término “fragilidad”. Se dice, en Génesis 4, que Yahvé miraba con agrado sus ofrendas y despreciaba las de su hermano mayor, Caín.

²⁰ Según el relato del Génesis, 4. En Génesis 4.-15 se afirma que Dios “para protegerle de toda venganza” le puso una señal, designándolo como miembro de una secta o tribu, seguramente los quenitas. Algo hace suponer que Dios sentenciaba la conducta del primogénito de Eva, como un accidente, no como un crimen.

²¹ Un ejemplo típico de relato fáctico de una Sentencia sería éste. “D.^a Teresa, de 80 años de edad, en estudio desde hace años, de etiología no filiada. Acudió con fecha 11 de marzo de 2002 al servicio de urgencias del HCSC por herida frontal derecha y dolor en la parrilla costal izquierda como consecuencia de una caída en su domicilio. Con el diagnóstico de traumatismo craneoencefálico leve y presíncope fue remitida a su domicilio para observación, se le facilitó el protocolo del traumatismo craneoencefálico. Al día siguiente acude otra vez al servicio de urgencias refiriendo cefalea persistente con náuseas y vómitos de repetición. En la analítica se objetiva plaquetopenia de 5000. Se realiza medulograma que resulta compatible con destrucción periférica de plaquetas. La paciente ingresa en el servicio de hematología con el diagnóstico de púrpura trombopénica idiopática. El 13/03/02 la paciente ingresa en el servicio de hematología. Se inicia tratamiento con esteroides y se transfunden seis unidades de plaquetas y se administra inmunoglobulina. La saturación arterial de oxígeno disminuye hasta el 75%. Presenta expectoración de sangre fresca. En la radiografía de tórax aparecen infiltrados alveolares bilaterales. La situación clínica se deteriora con disnea e infiltrados pulmonares sugerentes de h. hemorragia pulmonar. Se traslada a la unidad de cuidados intensivos (UCI). La paciente permanece ingresada en la UCI hasta que fallece el 16/04/02. Durante este tiempo presentó una situación de hipóxica severa siendo intubada y conectada a ventilación mecánica. Se diagnosticó un síndrome de distress respiratorio del adulto (SDRA) secundario a hemorragia pulmonar por la púrpura trombocitopénica idiopática. Las cifras de plaquetas se normalizaron con el tratamiento insaturado. El 22/03/02 se confirma la presencia de haemophilus influenzae en el aspirado bronquial y se inicia tratamiento con cefotaxima. Desde el punto de vista infeccioso se solicitan diversos cultivos que evidencian la presencia de neumococo en aspirado bronquial y proteus en orina. Se pauta el tratamiento antibiótico según los resultados de los antibiogramas correspondientes. A partir del 29/03/02 la paciente experimenta un empeoramiento respiratorio por probable reinfección y trombopenia importante. El 02/04/02 la situación clínica hace esperar el fallecimiento de la enferma, siendo informada la familia. El servicio de microbiología comunica que en el cultivo del aspirado bronquial del 27/03/02 se ha aislado staphylococcus aureus meticilin resistente (SAMR), ante el estado Terminal de la paciente se facilitaron las normas de manipulación y no se indicó tratamiento descolonizador ni controles microbiológicos que posteriormente sí se realizaron. Desde este momento hasta su fallecimiento el 16/04/02 la paciente no experimentó prácticamente ninguna mejoría,

persistiendo el cuadro infeccioso con muy mala función respiratoria y pancitopenia. La paciente según informe clínico de 16/04/02 obrante al folio 64 del expediente sufrió en las últimas 48 horas de vida un "deterioro clínico con datos compatible en proceso séptico falleciendo". Veamos que aquí se crean, se deducen y se contemplan varios nexos causales; si alguien acude a un hospital por una lesión craneal, 1º.- ¿por qué suponer que es allí, en el hospital, dónde infecta, vía respiratoria, del staphylococcus aureus meticilina? 2º.- ¿Por qué se presupone que la analítica referente a la plaquetopenia de 5000, tiene su origen en una infección, precisamente la adquirida en el hospital, y no, por ejemplo, en una deficiente alimentación de la finada? Y es que, de hecho, el relato fáctico dice que "...Las cifras de plaquetas se normalizaron con el tratamiento insaturado..." y 3º- (por no cansar al lector) se llega decir que "...A partir del 29/03/02 la paciente experimenta un empeoramiento respiratorio por probable reinfección...". Pues bien, una reinfección en un centro médico mas bien indicará que el paciente tiene alguna disfunción provocadora de la "reinfección" ya que asumir que el centro hospitalario es el medio adecuado para adquirir una reinfección es, simplemente, grotesco. Concluamos en que en este caso, que es más habitual de lo que pensamos, se ha creado artificialmente tal cantidad de "nexos causales" entre una simple lesión craneal y una muerte por infección, que evidentemente, habrá culpabilidad del médico, pero será una patente injustita. El error; alegremente el ponente ha introducido cuantos "nexos causales" necesitara, **en el relato de hechos**, que resulta imposible que no se deba deducir una atroz imprudencia médica. Bastante incongruente todo. ADVERTENCIA; el relato fáctico transcrito es literalmente real, el autor no ha modificado una coma.

²² **Artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.** .Exhaustividad y congruencia de las sentencias. Motivación. "...1. Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito... .. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate... ..El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes... ..2. Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón..."

²³ **Artículo 1.281 del Código Civil.** "...Si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas... ..Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas..."

²⁴ Cuya traducción del latín es "la cosa habla por si misma".

²⁵ **Artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Carga de la prueba.** "...1. Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniendo, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones... ..2. Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición..."

²⁶ **Artículo 14 de la Constitución Española.**- "...Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social..."

²⁷ **Artículo 24 de la Constitución Española.**- 1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión... ..2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la **presunción de inocencia...**"

²⁸ **Artículo 9 de la Constitución Española**, que dice que "...1. Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y **Artículo 14** del mismo texto legal que dice que "...Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...".

²⁹ **La STS de 12 de febrero de 1892**, realmente es tan antigua como lúcida a este respecto; condena a una madre que entre los 6 y los 10 días de su nacimiento omitió cualquier socorro alimentario a su hijo. El fundamento de la condena es acertadísimo; la "infracción de los deberes legales y morales de la maternidad", literalmente. Con un admirable criterio, en personal apreciación del que ahora escribe, elude hablar de infanticidio o de omisión del deber de socorro, tipos penales estos que, con seguridad, no estaban en la acción omisiva de la madre, como muchas otras sentencias similares, cómodamente, inducen o deducen de similares conductas. En cierto modo, describe, con una asombrosa clarividencia, lo que décadas después se llamó "posición de garante".

³⁰ **Artículo 43 de la Constitución Española** 1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud... ...2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto... ...3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio.

³¹ **Artículo 15 de la Constitución Española**. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra.

³² **La salud** es el estado en el que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones.

³³ **La vida** es la fuerza interna substancial, mediante la que obra el ser que la posee.

³⁴ **La integridad física** es el conjunto de las partes en los que se constituye, por ejemplo, un ser humano, como organismo vivo.

³⁵ **Artículo 195 del Código Penal**. 1. El que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiere hacerlo sin riesgo propio ni de terceros, será castigado con la pena de multa de tres a doce meses... ...2. En las mismas penas incurrirá el que, impedido de prestar socorro, no demande con urgencia auxilio ajeno.

³⁶ **Artículo 1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad**. "...1. La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución...".