

PERSPECTIVA GENERAL DE LA RECLAMACIONES POR RESPONSABILIDAD PROFESIONAL SANITARIA. INFORME PERICAL MÉDICO FORENSE.

Angel Hernández Gil

Jefe de Servicio de Clínica Forense del Instituto de Medicina Legal de Jaén.

RESUMEN

Dado el importante problema médico, jurídico, y por ende, médico-legal, de la Responsabilidad Profesional por Mala Praxis Médica, se entiende necesario abordar unas cuestiones fundamentales relativas al mismo: análisis de los factores implicados en la génesis de las reclamaciones por presuntos errores médicos, evaluación estadística del problema, causas de incremento de las denuncias y principales causas de mala praxis médica, estudio teórico de la lex artis, lex artis ad hoc, deber objetivo de cuidado y culpa médica, y fundamentalmente, revisión del contenido de la pericia médico forense, clave en la resolución judicial de estos procedimientos.

1. INTRODUCCION.

Cada día resulta más frecuente encontrar en prensa alguna noticia relacionada con reclamaciones judiciales por presunta responsabilidad profesional médica, hecho que acarrea importantes repercusiones en numerosos sectores de nuestra sociedad, afectando la actividad sanitaria diaria, impulsando el ejercicio de una medicina defensiva que acarrea severas consecuencias económicas, deteriorando la relación médico paciente, y alcanzando cotidianamente los Tribunales de Justicia.

La mala praxis médica viene condicionada por múltiples factores, algunos estrechamente relacionados con las características propias del ejercicio de la medicina actual¹, como veremos con posterioridad a la hora de revisar las causas de los errores médicos.

Pero todas las causas están condicionadas en parte por una mayor, aunque no siempre correcta, información de los usuarios, que muchas veces obedece a manifestaciones de una sociedad frustrada y reivindicativa, cada vez más exigente, que reacciona sin contemplaciones cuando se enfrenta a un resultado adverso derivado de un acto médico, y no entender que la Medicina se rige por un contrato de medios o servicios y no de resultados, salvo excepciones muy puntuales.

En ello influyen asimismo otros factores como son la fácil obtención de dinero, determinado por una legislación mal definida y jurisprudencia no uniforme; por el

¹ **HERNANDEZ GIL, A; HERNANDEZ MORENO, J.** *Claves de la Responsabilidad Profesional Legal del Médico en España.* Masterline, Madrid, 2006.

conocimiento de la existencia de seguros de cobertura de responsabilidad civil, por otra parte imprescindibles; y el asesoramiento e inducción a la denuncia por profesionales e incluso asociaciones, contrarias a veces hacia los profesionales sanitarios, y que, aún admitidas sus razones positivas, tienen otras que distan de la equidad y el buen juicio y tantas veces se han puesto de manifiesto en entrevistas de los medios de comunicación más varios, por lo general dispuestos a magnificar los problemas, muchas veces llenos de inexactitudes y agresividad.

Existe un factor, y en el que necesariamente se ha de reparar a la hora de estudiar la importancia del tema, y no es otro que los grandes intereses económicos que se suscitan, determinados por las caprichosas y desiguales cuantificaciones. Representan una importante fuente de ingreso para profesionales del Derecho, amén de peritos médicos, que progresivamente forman frentes y organizaciones cada vez más preparadas, sofisticadas y oferentes².

Asimismo, es una importante fuente de ingreso para Compañías Aseguradoras, que en principio incrementan en gran escala el número de pólizas de coberturas de responsabilidad y la cuantía de las mismas, y para los perjudicados o sus familiares, que a veces resuelven de un modo fácil sus problemas económicos para mucho tiempo.

Por otra parte, tales intereses repercuten negativamente en otras esferas, en principio y sobre todo en el prestigio y la economía de los médicos, secundariamente en la Administración Sanitaria y, a la larga, en la propia organización y servicios de la misma, al tener que invertir grandes cantidades en indemnizaciones, que obviamente no podrán ser invertidas en otras funciones de tipo asistencial, aparte de todo el entramado de la medicina defensiva, reacción hasta cierto punto lógica de los facultativos.

No podemos olvidar el papel que juegan los abogados, muchas veces promotores que se ofrecen con grandes facilidades a entablar demandas en hospitales, en la televisión, en páginas de internet, en autobuses y en las puertas de las consultas de cada médico.

² Entre sentencias que recogen altas indemnizaciones, tomando como referencia a **DIARIO MEDICO (DM)** podemos citar:

- *“En 1995, cinco de las diez mayores indemnizaciones decretadas judicialmente en Estados Unidos se impusieron a médicos, sistemas de salud o HMO (organizaciones de asistencia gestionada). Las indemnizaciones de al menos 1 millón de dólares (unos 130 millones de pesetas) representaron el 35 por ciento de las fijadas en tribunales. Se fijó una condena de 9,45 millones de dólares (unos 1.200 millones de pesetas) a la empresa New York City Health and Hospitals por los daños sufridos por una niña a raíz de un sufrimiento fetal no detectado a tiempo”*. (DM; Redacción; 07/05/1997).
- *“Negligencia médica: razones para una condena de 834.249 euros”*. (DM; Carrasco; 06/11/2001).
- *“Condenado un ginecólogo a mantener a un niño tras una esterilización fallida”*. (DM; EFE. Roma; 25/09/2002). Sentencia de un tribunal de Venecia tras ligadura de trompas fallida.
- *“Un médico pagará 781.315 euros por omitir una prueba de ph fetal”*. (DM; Carrasco; 10/10/2003). S.A.Prov. de Madrid por ausencia de cesárea indicada terapéuticamente.
- *“Condena de 793.604 euros por no atajar un sufrimiento fetal”*. (DM; Carrasco; 10/01/2005). Sentencia del T.S.J. en vía administrativa.
- *“800.000 euros por las secuelas tras una operación de vesícula”*. (DM; Redacción; 14/02/2013).

La razón nuclear del problema reside en la existencia y confrontación, a veces, de dos factores de extraordinaria entidad e importancia: por una parte, el bien jurídico protegido, que no es nada menos que la salud o la vida y, por otra, la inseguridad jurídica del médico, que está obligado a ejercer una profesión con el margen de error de las ciencias biológicas, con la consiguiente responsabilidad en los casos de respuesta distinta a la esperada o previsible.

En efecto, actualmente la salud no se considera una suerte, sino un derecho, y al médico se le contempla como un técnico y no como un mago. Se ha pasado de la antigua “sacralización” del médico a sentarlo en el banquillo de los acusados, a veces como cabeza de turco frente a la frustración de lo que no se puede solucionar, concretamente la enfermedad y la muerte, tal y como refiere GALVÁN SAEZ³. La legislación concreta al respecto es un tanto indefinida y pobre, y los problemas que se suscitan tienen su norma legal en una jurisprudencia copiosa, pero muy variable según los distintos órganos jurisdiccionales y, por tanto, con criterios no uniformes que conducen a una escasa seguridad jurídica. No obstante, al lado de los que reclaman una legislación más concreta, hay juristas de gran categoría, como DE ANGEL YAGÜEZ⁴ que consideran en absoluto innecesaria una regulación específica de la responsabilidad médica, pues creen que con ella sólo se lograría instaurar un sistema mucho más rígido y pesado que el general. Además, la calidad de la atención médica no se puede cuantificar, y el empleo de técnicas para intentarlo podría disminuir las posibilidades de ofrecer un cuidado médico de alta calidad, por lo que someter a los médicos a este control de calidad parece que tiene más inconvenientes que ventajas.

El acto médico causante del daño sobre el que la Administración de Justicia debe pronunciarse asienta, por una parte, en los más esenciales bienes humanos: la vida, la integridad física y mental y el derecho a la salud, cuya importancia y trascendencia es obvia y por ello no precisan más comentarios.

Pero ello no debe implicar el olvido de otros bienes jurídicos que, aún siendo secundarios a los citados, son asimismo muy importantes, tales como la posición y el prestigio de quienes por su profesión y conocimientos tienen encomendado el cuidado de esos derechos, esto es, el derecho al honor e intromisión ilegítima en el mismo.

“La crítica no permite mancillar la competencia profesional de un médico, y advertir en un medio público contra un médico lesiona su honor”, así se manifestaba en una sentencia la Audiencia Provincial de Murcia (5/2000), declarando que la difusión de una denuncia de mala praxis médica en un programa radiofónico, remitido por el familiar descontento de una paciente, que desacredita a un facultativo, puede ser considerado como atentatorio al derecho al honor e intromisión ilegítima en el mismo, pues aunque el honor profesional queda fuera de los derechos fundamentales, según el Supremo, en ocasiones las críticas traspasan este límite.

³ **GALVÁN SÁEZ**. “El duro ejercicio de la Cirugía plástica, estética y reparadora”. *Revista Cirugía Plástica Ibero-Americana*, XXIII (nº extra), pp. 12-16.

⁴ **DE ANGEL YAGÜEZ, R.** “Ponencia en el II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil”. *Diario Médico*. 06/06/2000. Normativa.

No obstante, el médico se encuentra bastante desprotegido en este aspecto y, de hecho, cualquier información crítica sobre un médico no se considera una injerencia en el honor de estos profesionales. La Sala Civil del Tribunal Supremo -T.S.- (Diario Médico -DM- 14/6/99) declaraba que *“la información sobre negligencias médicas no atenta contra el honor siempre y cuando sea veraz y de interés público”*. Esta sentencia tuvo mucho valor porque estudiaba por segunda vez un caso que afectaba al mundo sanitario y se convertía en doctrina jurisprudencial aplicable por todas las Audiencias Provinciales (DM 10/9/98). Según estas sentencias del Supremo, una crítica desconsiderada e inoportuna acerca de los profesionales médicos que intervienen en una asistencia sanitaria, no es motivo suficiente para la censura de una información de acuerdo con la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, si lo comunicado es veraz y tiene un interés social y está desprovisto de un ánimo de menospreciar. Además, esta doctrina es la misma que ha enunciado en una reciente sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (DM de 9/5/2000).

Otras sentencias del Tribunal Supremo, en cambio, no siguieron el mismo criterio, entendiendo que *“es posible la vulneración del derecho al honor cuando el ataque al prestigio profesional sea de tal magnitud que integre una trasgresión del honor”* (Sentencia del Tribunal Supremo -S.T.S.- 25/3/93). Y otra sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se señaló que la falta de imparcialidad de la información supone la condena del medio de comunicación y de su autor, al entender que se había producido una vulneración del derecho al honor del médico, pues el periódico y el informador *“actuaron con ligereza al publicar una noticia insuficientemente contrastada y de grave repercusión en el honor del médico”* a quién se indemnizó con 12.000 euros. En el mismo sentido se pronunció la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Bilbao, de fecha 21/12/1999, que entendió que la demanda infundada al médico lesionó su honor profesional, fundamentándose en S.T.C. 223/1992 de 14 de diciembre que rotundamente afirma *“que el prestigio profesional ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor”*⁵.

El honor, protegido constitucionalmente como derecho fundamental por el art.18.1 de la Constitución Española -C.E.- y desarrollado por la citada Ley 1/82, está recogido como derecho de la personalidad en su aspecto negativo de intromisión ilegítima en el art. 7.7 de esta última (en la actualidad modificada en 1995) que habla de la divulgación de expresiones o hechos concernientes a una persona cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena, lo que no es otra cosa que el atentado a la dignidad de una persona en el aspecto objetivo o externo y en el ámbito subjetivo o interno (Sentencia de Audiencia Provincial -S.A.Prov.- de Madrid de 8/5/97). El Tribunal Constitucional, por su parte, en sentencia 223/1992 de 14/12 (290/93) rotundamente afirma que el prestigio profesional *“ha de reputarse incluido en el núcleo protegido constitucionalmente del derecho del honor”*.

⁵ Igual línea se siguió en S.T.S. de 13/02/1997, que tuvo como ponente a **MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ**, que tras confirmar sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid que absolvía a tres médicos, impuso las costas al demandante por temeridad al mantener acusaciones infundadas, aduciendo que *“el demandante no podía ignorar la injusticia de lo pretendido”*.

El hecho real es que progresivamente aumenta la crítica al quehacer médico y, asimismo, la frecuencia y exigencias de las reclamaciones por supuestas deficiencias en el mismo, y se va imponiendo una judicialización creciente del ejercicio de la actividad sanitaria.

2. EVALUACIÓN ESTADÍSTICA DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL SANITARIA.

Realizar un análisis global de la evaluación estadística del problema es realmente difícil, dada la actual situación de transferencia de la sanidad a las distintas Autonomías que, como se sabe, motiva diferencias en los criterios de medición, en la rigurosidad de aplicación de los mismos, en la dificultad de acceder a los datos que se facilitan y, en fin, en poder tener una idea global del problema a nivel nacional.

De hecho, en un trabajo de investigación⁶ realizado en la Cátedra de Medicina Legal de la Universidad de Córdoba en 2002, intentamos en reiteradas ocasiones y por varios medios conocer unos datos muy simples y concretos en todas las provincias del país relativos a las denuncias por errores médicos, concretamente el número de casos de denuncias, porcentaje que prosperaron y especialidades afectadas con más frecuencia, no resultando posible conseguirlos al no ser facilitados por la gran mayoría de Colegios de Médicos encuestados.

Los estudios estadísticos que se comunican en la literatura son muy parciales y en modo alguno dan una perspectiva fiable del problema. No obstante, haremos referencia a algunas de estas comunicaciones que nos han parecido más interesantes.

Así, en un estudio realizado por la Subdirección Sanitaria del INSALUD⁷ (institución que abarca el mayor número de afiliados, aproximadamente un tercio de la Sanidad Pública española) de expedientes abiertos por reclamaciones (judiciales o administrativas, solicitando compensación económica al INSALUD) realizadas entre enero de 1995 y 30 de septiembre de 1999, una Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil formada por personal del INSALUD, la empresa aseguradora y la correduría de seguros, llega a las siguientes conclusiones: señalan expedientes por año de siniestro (1995: 506 expedientes; 1996: 478 expedientes; 1997: 520 expedientes; 1998: 406 expedientes; 1999: 27 expedientes); y expedientes por año de reclamación (1995: 45 expedientes; 1996: 34 expedientes; 1997: 433 expedientes; 1998: 637 expedientes; y 1999: 518 expedientes. Se estiman entre 4 y 6 años el período de descubrimiento de la mayoría de los siniestros (y correspondiente reclamación) con el pico máximo al año del siniestro. Respecto a la situación de los expedientes, un 53% fueron rehusados, un 12% se encontraban pendientes de resolución judicial, un 16% ya indemnizados y un 19% pendientes o en curso. El 85% de los siniestros se producen en el hospital, un 13% en Centros de Salud, un 1% en Centros concertados y un 1% en Servicios Especiales de Urgencia. Las áreas asistenciales que originan mas

⁶ **HERNÁNDEZ GIL, A.** Tesis Doctorales 2004. "Responsabilidad por Malpraxis Médica. Análisis del problema a través de encuestas a Colegios de Médicos y Abogados". Universidad de Córdoba. Córdoba, 2004.

⁷ **GUIRAO GARCÍA, AL.** "Gestión de Riesgos Sanitarios. La experiencia del Insalud". En las II Jornadas Nacionales de Gestión de Riesgos Sanitarios, Murcia, 1999.

reclamaciones son Urgencias (27%) y Quirófano (25%), incluyéndose en este apartado las complicaciones de la cirugía, destacando también las áreas de Consulta (20%) y Hospitalización (19%) y el resto en Sala de Partos (3%), Servicios Centrales (2%) y Otros (4%). Un 30% de los casos surgen por fallecimiento y el 70% por lesiones o secuelas. Entre los motivos de reclamaciones se establecen cinco apartados, problemas relacionados con el tratamiento como complicaciones o malos resultados (57%), problemas con el diagnóstico (28%), accidentes (9%), problemas relacionados con la organización (4%) y con la información (2%). Las especialidades que, en términos absolutos, aparecen con mayor frecuencia son Traumatología (14,38%), Medicina de Familia y General (13,03%), Ginecología (11,71%), seguidas de Cirugía (7,03%), Medicina de Urgencia, entendida como aquella en la que los médicos prestan sus servicios en la puerta de urgencias del hospital (6,73%), Oftalmología (4,2%), Medicina Interna (4,14%), Pediatría (3,12%) Urología (2,94%), y Otras sin especificar (4,62%). Al relacionar estos datos con el número de médicos de cada especialidad, los resultados se modifican, situándose en los primeros lugares especialidades como Cirugía Cardiovascular, Neurocirugía, Cirugía Plástica o Cirugía Torácica, aunque Traumatología, Ginecología y Cirugía General mantienen un tercer, quinto y sexto lugar respectivamente. La distribución geográfica de las reclamaciones, relacionada con la población, no es homogénea, con índices más elevados en Asturias, La Rioja y Extremadura. Respecto a la cuantía de la indemnización, a fecha 30 de septiembre de 1999, la media es de 8 millones de pesetas, con un total de 1.557 millones de pesetas y un máximo de 38,5 millones.

Una comunicación previa sobre el mismo estudio de los resultados obtenidos entre enero de 1995 y junio de 1998 anticipa los resultados ya reseñados añadiendo otros: el sexo femenino (51,71%) predomina ligeramente entre los reclamantes, siendo un grupo de riesgo el de mujeres jóvenes, probablemente por la importancia de la patología relacionada con la reproducción y por esa razón en la edad infantil destaca el subgrupo de menores de un año en el que se incluyen los problemas relacionados con el nacimiento; la edad media de los perjudicados es de 42,99 años, la mayor parte entre 25 y 65 destacando los grupos de 60 a 65 años y de menores de 5 años, así como el tramo comprendido entre 30 y 55 años; los médicos son los profesionales más reclamados con un 90,41% del total, el personal de enfermería con un 6,31% si comparte responsabilidad con el médico y de un 2,63% si es el único implicado; en el 10% participaron médicos en período de formación, y en un 3,94% lo hacían como único demandado; entre los diagnósticos que con más frecuencia originaron reclamaciones, el principal es el de complicación de una intervención o procedimiento diagnóstico (destacando las lesiones de nervios u órganos, infecciones postquirúrgicas y hemorragias entre las complicaciones de intervenciones quirúrgicas y la colangiografía endoscópica tras los procedimientos diagnósticos), seguido de fracturas, del infarto agudo de miocardio y de patología vascular cerebral. Entre los procedimientos quirúrgicos más frecuentes se citan las cesáreas, las intervenciones de útero y trompas, las intervenciones sobre articulaciones y columna vertebral y la extirpación de catarata.

En el VIII Congreso de Derecho y Salud de Santiago de Compostela⁸, se afirma que un alto porcentaje de actos médicos da lugar a algún tipo de reclamación por parte del

⁸ LAFARGA I TRAVER, JL. *Diario Médico*. 10/11/1999. Normativa.

paciente, aunque estas denuncias no son necesariamente tramitadas por vía jurídica, cifrando el porcentaje de reclamaciones en Galicia en menos de un 1% y las condenas a profesionales sanitarios en torno al 12% de las que trascienden a los Juzgados.

Manuel Iglesias Cabero, magistrado de la Sala IV del Tribunal Supremo, en el XX Congreso de la Sociedad Española, presentó datos estadísticos relativos al año 2001, refiriendo que de las 50.000 reclamaciones judiciales por asuntos médicos presentadas ante los Tribunales sólo el 18 por ciento de ellas prosperaron. Iglesias Cabero recomendó acudir al arbitraje cuando el conflicto es entre particulares, pero señaló que "cuando una persona implicada pertenece al ámbito público, el arbitraje ya no es posible". Entre los principales motivos por los que se interponen demandas el experto señaló la falta de información al paciente, deficiencias en el servicio, negligencias, ignorancia o la falta de pericia⁹.

A nivel hospitalario resulta brillante el estudio español realizado en el Servicio de Cirugía del Hospital General de Alicante¹⁰. El estudio retrospectivo consistió en revisar historiales clínicos de cinco años con el fin de identificar sucesos adversos entendiendo como tales a todo accidente o incidente recogido en la historia clínica que haya causado o podido causar daño al paciente (ej., aplicación inadecuada de técnicas o de fármacos, infecciones nosocomiales, etc). El informe reveló sucesos adversos hasta en el 7,4% de los historiales revisados, y según Jesús María Aranaz, responsable del Servicio de Medicina Preventiva del Hospital Clínico Universitario de Alicante "se tiene la evidencia que un 40% de los mismos podrían haberse evitado al tener su origen en la asistencia realizada". Dichos efectos adversos aumentan la estancia hospitalaria, multiplicándolos a veces por tres.

La extrapolación de estos datos apuntan que en la Comunidad Valenciana se presentan anualmente 12.000 efectos adversos al año, de los cuales 5.000 podrían ser evitables y ocasionan un coste anual de unos 10 millones de euros¹¹.

De notable interés resultó el estudio publicado por el Colegio de Médicos de Barcelona en el que se reflejó que el número de reclamaciones de pacientes contra médicos que ejercen en Barcelona aumentaron durante el año 2003 un 39% respecto al año 2002 apreciándose por tanto, un repunte al alza. En cuanto a los motivos de reclamación, según la incidencia relativa a 3.875 reclamaciones durante el período que va de 1990 a 2003, el 28% se debieron a deficiencias en la práctica quirúrgica, el 16% a errores en el diagnóstico y el 13% a deficiencias en el seguimiento clínico¹². (FERNÁNDEZ, 2004).

⁹ **DÍAZ, T.** "De las 50.000 reclamaciones judiciales presentadas en 2001 por asuntos médicos, sólo el 18 por ciento prosperaron". *Diario Médico*. 21/10/2002. Normativa.

¹⁰ **NAVARRE, T.** "La mitad de los efectos adversos asistenciales son evitables". *Las Provincias*. 22/05/2003.

¹¹ **BROTONS, E.** "El coste anual por reacciones adversas en la atención hospitalaria es de 10 millones". *Las Provincias*. 23/11/2003.

¹² **FERNÁNDEZ, C.** "Aumenta un 39% el número de reclamaciones en Barcelona". *Diario Médico*. 22/09/2004. Normativa.

ADEPA¹³, la Asociación del Defensor del Paciente en la memoria de 2012 trasladó a la opinión pública los casos de presuntas negligencias médico-sanitarias recibidas durante dicho año, procedentes tanto de la Sanidad Pública como de la Privada. Fueron un total de 13.782 casos, un aumento de 772 casos más que en 2011, de los cuales, 692 fueron con resultado de muerte, 89 casos más que en 2011.

Destacar el estudio publicado por ARIMANY y MANSO¹⁴ realizado con el principal seguro de responsabilidad profesional médico en Cataluña, con más de 24.000 médicos asegurados, analizando todas las reclamaciones cerradas entre 1986 y 2005, que fueron un total de 5246 casos. Se calculó el porcentaje de reclamaciones que correspondía a cada especialidad registrada, el porcentaje de reclamaciones que finalmente recibían una indemnización, ya fuera por sentencia judicial o por acuerdo extrajudicial, y se analizaron las cuantías de indemnización por especialidad. Obstetricia y ginecología, Cirugía ortopédica y traumatología, y Cirugía general, fueron las especialidades que tuvieron más reclamaciones. Obstetricia y ginecología registró el mayor porcentaje de indemnización. Pediatría, anatomía patológica, y obstetricia y ginecología, tuvieron las medias de indemnización más altas. Respecto a la cuantía de las indemnizaciones, Obstetricia y ginecología afrontó la mayoría de las indemnizaciones que superaron los 700.000 euros (tres de cuatro casos) y tuvo las mayores indemnizaciones medias.

Entre los estudios destinados a identificar y conocer la incidencia de casos de negligencia médica, para los expertos en este campo, el que mayor crédito, utilizado como referencia en numerosos países, es el realizado en Estados Unidos por Brennan y Leape¹⁵, conocido como Harvard Medical Practice Study (HMPS). Consistió en la revisión de 30.121 historiales clínicos de 51 hospitales clínicos de New York tomados al azar. Llegaron a la conclusión de que ocurrían acontecimientos adversos en el 3,7% de las hospitalizaciones. De todos los acontecimientos adversos un 70,5% causaron incapacidad parcial durante más de 6 meses, un 2,6% ocasionaron incapacidad permanente y un 13,6% condujeron a la muerte. El porcentaje de acontecimientos adversos atribuidos a negligencia médica aumentó en la categoría de daños más severos. Extrapolando la totalidad de los datos, considerando edad y sexo de los pacientes así como especialidades médicas, se estimó que durante 1984 hubo entre los 2.671.863 pacientes hospitalizados en New York un total de 98.609 acontecimientos adversos y 27.179 atribuidos a negligencia médica. Las conclusiones del estudio fueron demoledoras. Existe un número sustancial de daños que ocurren durante la asistencia médica a los pacientes y numerosos daños son el resultado de un cuidado deficiente.

Un grupo de investigadores australianos realizó un estudio similar sobre 14.179 pacientes de hospitales de 28 hospitales australianos durante 1995. Un acontecimiento

¹³ **ADEPA.** Asociación El Defensor del Paciente. Memoria Anual 2012. <http://www.negligenciasmedicas.com/Index/MEMORIA%202012.pdf>.

¹⁴ **ARIMANY-MANSO J, ET AL.** Las reclamaciones sobre responsabilidad profesional por especialidades en un escenario diferente al estadounidense. Gac Sanit. 2012. <http://dx.doi.org/10.1016/j.gaceta.2012.03.006>

¹⁵ **BRENNAN TRYEN, A; LEAPE LL; LAIRD NM, ET AL.** "Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients: results of the Harvard Medical Practice Study I". *N Eng J Med*, núm. 324 (6), 1991, pp 370-377.

adverso ocurría en el 16,6% de las admisiones resultando incapacidad permanente en 13,7% de los pacientes y muerte en el 4,9%¹⁶.

Quizás el informe médico de responsabilidad profesional sanitaria que mayor polémica y debates haya suscitado hasta la fecha ha sido el realizado por el Instituto de Medicina Americano (IOM) titulado “Fallar es humano: construyendo un sistema de salud seguro”. En dicho estudio, basado en la extrapolación de datos recogidos del estudio de Harvard a toda la población estadounidense, se concluye que en Estados Unidos se producen anualmente entre 44.000 y 98.000 muertes debidas a error médico y aproximadamente un millón de casos con daño secundario a cuidado médico deficiente. Además se considera que los errores médicos ocurren con mayor frecuencia cuando los médicos carecen de la experiencia debida y cuando se utilizan procedimientos diagnósticos o terapéuticos modernos. Además se asocian a errores médicos edades extremas, tratamientos complejos, tratamientos urgentes y estancias hospitalarias prolongadas. En el mismo informe se procede a la extrapolación de los datos recogidos en el estudio australiano que arrojan en dicho territorio anualmente un total de 18.000 muertes innecesarias y al menos 50.000 pacientes incapacitados¹⁷.

Otros estudios conocidos sobre incidencia de complicaciones debidas a errores médicos son el realizado en 23 hospitales de California en 1976 que arrojó en un 4,6% de los ingresos ocurrían daños iatrogénicos y en un 0,8% de los ingresos se había producido una negligencia médica¹⁸ y el realizado en hospitales de Utah y Colorado en 1992 que concluyó que se producían errores en un 2,9% de los pacientes hospitalizados¹⁹.

Los métodos del estudio de Harvard fueron utilizados en el Reino Unido por investigadores británicos, publicándose el trabajo en el BMJ²⁰. De un total de 37.732 atenciones se revisaron 1.014 historias clínicas de especialidades de medicina general, cirugía general, cirugía ortopédica y obstetricia encontrándose sucesos adversos en 110 pacientes, esto es, en el 10,84% de los historiales revisados. Del total de los sucesos adversos según los investigadores más de la mitad de ellos (57) eran evitables según los niveles normales de la asistencia sanitaria. Además estas complicaciones acarrearón un promedio de 8,5 días de estancia adicional en el hospital.

Sumamente interesante consideramos el estudio publicado por tres médicos británicos consistente en analizar los errores ocurridos en pacientes hospitalizados de un servicio de Medicina Interna durante un periodo de seis meses. El estudio, llevado a cabo en el más estricto secreto, concluyó que de 528 pacientes admitidos en el servicio hospitalario al menos un 10,4% experimentaron un error: un 6,2% padecieron un “near

¹⁶ **WILSON, RM; RUNCIMAN, WB; GIBBERD, RW, ET AL.** “The Quality in Australia Health Care Study”. *Med J Aust*, núm. 163, 1995, pp 458-476.

¹⁷ **KOHN, LT; CORRIGAN, JM; DONALDSON, MS.** “To err is human: building a safer health system”. National Academy Press, Washington, D.C., 1999.

¹⁸ **CALIFORNIA MEDICAL ASSOCIATION; CALIFORNIA HOSPITAL ASSOCIATION.** “Report on the Medical Insurance Feasibility Study”. California Medical Association, San Francisco, 1977.

¹⁹ **THOMAS, EJ; STUDDERT, DM; BURSTIN, HR ET AL.** “Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado”. *Med Care*, núm. 38, 2000, pp 261-271.

²⁰ **VINCENT, C; NEALE, G; WOLOSZYNOWYCH, M.** “Adverse events in British hospitals: preliminary retrospective record review”. *BMJ*, núm. 322, 2001, pp 517-519.

miss” (casi error, sin consecuencias en la salud final del paciente) y un 4,2% presentaron un “adverse event” (suceso adverso, complicación derivada de un error médico). Los errores en la medicación (44%) fueron los más frecuentes de todos, seguidos de errores terapéuticos (20,6%), errores diagnósticos (19,1%), errores en la realización de pruebas complementarias (9,5%), errores preventivos (4,8%) y errores fatales con resultado mortal (1,6%). Otro dato del estudio indicaba que el número de errores crecía conforme lo hacía el periodo de estancia hospitalaria. Hay que reflejar que sólo se apreciaron los errores cometidos en pacientes hospitalizados, obviándose el seguimiento de los pacientes dados de alta hospitalaria y el de aquellos pacientes asistidos pero no internados²¹.

A pesar de la lenta proliferación de este tipo de estudios son muy pocas las instituciones sanitarias que publican datos de daños o complicaciones ocurridos durante la asistencia sanitaria. El informe del IOM impulsó en Estados Unidos, y a su vez en otros países, un movimiento destinado a mejorar la calidad de los pacientes, siendo el mejor de sus mensajes que muchos de los errores pueden ser prevenidos con un nuevo diseño de la actividad médica. Más que tratar de buscar culpables o tratar de castigar por la comisión de errores, los médicos necesitan investigar para evitar la reiteración de los mismos. Los errores y el exceso de mortalidad pueden ser eliminados pero sólo si el centro de atención se desvía de fallos individuales y se enfoca a mejorar los sistemas de trabajo actuales. Identificar el número y tipo de sucesos adversos sólo debe ser el primer paso para posteriormente mejorar la organización y sistema laboral, disminuir los daños y, con ello aumentar la seguridad de los pacientes²².

3. CAUSAS DE LOS ERRORES MEDICOS.

La mala praxis médica viene condicionada por múltiples causas, tan complejas y variadas como complicado y vasto es el ejercicio de la medicina actual. Entre ellas podemos citar la gran demanda de prestaciones (que conlleva menor tiempo de dedicación al enfermo, sobre todo al contacto directo médico-enfermo y despersonalización del quehacer sanitario), medios técnicos sofisticados y en continua renovación, grandes posibilidades diagnósticas y terapéuticas (que, por una parte, determinan grandes exigencias al creer que todo puede ser solucionado, como si existiese un derecho inexcusable a sanar y no morir y por otra implican a veces intervenciones y técnicas más agresivas y arriesgadas), masificación de enfermos, medicina de urgencia que modifica las actuaciones ordinarias, listas de espera (por sí misma causa de mala praxis, aunque también es consecuencia de la misma), medicina en equipo, o la mayor capacidad asistencial de nuestro país en materia sanitaria (que supone un aumento paralelo de los actos médicos y, con ello, de la posibilidad de irregularidades en los mismos).

Algunos de estos factores, dependientes de los cambios de la medicina actual, fueron muy bien descritos en la sentencia de la Sala de Lo Penal del Tribunal Supremo, de fecha 29/02/1995, que tuvo como ponente a D. Luis Román Puerta, cuando refirió que

²¹ **SARWAT I. CHAUDRHY, KOLAWOLE A. OLOFINBOBA, HARLAN M KRUMHOLZ.** “Detecting of Errors by Attending Physicians on a General Medicine Service”. *J Gen Intern Med.*, núm. 18 (8), 2003, pp 595-600.

²² **STUDDERT, DM; MELLO, MM; BRENNAN, T.** “Medical malpractice”. *N Eng J Med*, núm. 350, 2004, pp 283-292.

“la determinación de la responsabilidad médica debe hacerse considerando no sólo el carácter evidentemente técnico de la Medicina sino además otras de sus características más inherentes; de una parte la enorme multiplicidad de formas, sistemas y modos de ejercicio de la Medicina, de otra la vigencia del principio de universalidad del conocimiento científico (que pone en jaque en innumerables ocasiones la virtualidad de determinadas normas administrativas reguladoras de productos sanitarios), la velocidad del progreso de la Ciencia que provoca que juzgando en 1996 unos hechos acaecidos años antes de los conocimientos y/o los medios disponibles a la hora del enjuiciamiento sean muy superiores -y en ocasiones, determinantes- a los que tenía a su disposición el justiciable y, finalmente, la necesidad de experimentar los nuevos avances”.

Pero el problema es más complejo, y además de estas y otras causas de mala praxis, hay que añadir o matizar otras externas al ejercicio médico en sí que determinan la existencia de reclamaciones. Estas causas dependen más que del sistema sanitario en sí, de la sociedad que recibe los servicios, cada vez más exigente y reivindicativa, que llega a considerar la salud como un derecho y al médico como un técnico, y de la tendencia social y jurídica a la objetivación del riesgo, lo que supone gran incremento de los casos con tendencia a prosperar. A todo esto se añade una gran inseguridad jurídica para el sistema sanitario y sus más significados representantes, los médicos, y, por otra parte, para los posibles pacientes perjudicados, motivada por la irregularidad y falta de uniformidad de criterios de los órganos judiciales, con múltiples y no bien definidos procedimientos de reclamación, distintas jurisdicciones y jurisprudencia copiosa, sin definición uniforme.

O'CALLAGHAN²³ considera que las demandas se han multiplicado porque los usuarios son más conscientes de su derechos: *“Los médicos piensan que se ha levantado la veda contra ellos; esa percepción no es exacta: se está empezando a levantar ahora”.* Con todo, señala que en los tribunales *“no hay ningún interés en perseguir al médico. Ahora bien, si una persona entra en una operación y sale mal, no vale sólo con decir nadie ha tenido la culpa. Tal vez no, pero el que menos culpa tiene es el paciente”.*

Según FERNÁNDEZ DE AGUIRRE²⁴ *“algunos de los factores que han incidido en ese aumento de reclamaciones son el mayor número de recursos con los que cuenta el ciudadano -abogados, servicios jurídicos de los sindicatos, asociaciones de consumidores y usuarios, etcétera-, la conciencia de poder defender sus derechos dentro de un sistema de garantías de libertades públicas, el mayor nivel de vida y la mejor preparación profesional e intelectual de la sociedad”.*

Las causas fundamentales de mala praxis médica²⁵ consisten en defectos de realización de una serie de procederes habituales en la práctica y ejercicio de la

²³ O'CALLAGHAN, X. “El daño desproporcionado indica que la causa no ha sido la naturaleza sino el acto médico”. *Diario Médico*. 12/11/2002. Normativa.

²⁴ FERNÁNDEZ DE AGUIRRE FERNÁNDEZ, JC. “La Administración no debe ser una aseguradora universal del daño sanitario”. *Diario Médico*. 02/04/2004. Normativa.

²⁵ HERNÁNDEZ GIL, A; HERNÁNDEZ MORENO, J. *Claves de la Responsabilidad Profesional Legal del Médico en España*. Masterline, Madrid, 2006.

medicina, que deberían ser conocidas por parte de los médicos con el doble fin de conocer el tratamiento que le prestan los Tribunales y, en consecuencia, observarlos con exactitud y puntualidad, pues en ello estriba en muy gran parte una buena praxis. El ejercicio de la medicina puede llevar aparejado la aparición de numerosos acontecimientos adversos (así denomina la literatura anglosajona a los errores médicos), los que a efectos descriptivos, podemos clasificar en tres grandes grupos, *errores diagnósticos*, *errores terapéuticos* y *errores de prevención*. Los *errores diagnósticos* pueden clasificarse en flagrantes errores médicos, diagnóstico diferencial erróneo, falta o defectuosa realización de pruebas complementarias, alta hospitalaria indebida o seguimiento post-operatorio incorrecto. Dentro de los *errores terapéuticos* podemos citar fallos en la medicación, indicación terapéutica incorrecta, maniobra quirúrgica incorrecta, aparición de complicaciones o de riesgos típicos derivados del tratamiento, olvido de material quirúrgico o resultado terapéutico insatisfactorio. Y como *errores de prevención* podemos citar pruebas preoperatorios incorrectas, ausencia de administración de fármacos o vacunas para prevenir enfermedades, diagnóstico prenatal incorrecto o diagnóstico tumoral tardío por falta de pruebas.

Dentro de las causas fundamentales, propias y necesarias de cualquier tipo de asistencia médica, existen un grupo de ellas que siempre entran en juego en las reclamaciones motivando mala praxis y denuncias por sí mismas y con especial trascendencia en la resolución final, si no se realizaron correctamente. Nos referimos a *la información y el consentimiento informado, la realización de historias clínicas y el cumplimiento de los protocolos de actuación*.

Asimismo, entre las causas de error médico no podemos omitir dos muy frecuentes, en las que en realidad se implican varios de los factores señalados antes, pero que por sí mismas tienen entidad propia y están muy bien definidas: nos referimos a *la medicina de urgencia y medicina en equipo*, que por definición implican un modo distinto de actuación, que de algún modo altera los protocolos del ejercicio normal, y determina mayor probabilidad de mala praxis.

Y finalmente, repararemos en otros factores, siquiera sea por su actualidad y por haberse consolidado como causas de responsabilidad en recientes sentencias muy discutidas y discutibles, como son *la formación insuficiente (MIR), la titulación inadecuada, las listas de espera, la omisión del deber de socorro y la revelación del secreto médico*.

4. CONCEPTO DE MALPRAXIS MEDICA.

4.1. LA MALPRAXIS MEDICA (término fundamentalmente médico, aunque determinado por connotaciones jurídicas), significa mala praxis en el quehacer médico. JORNET²⁶ dice que este término se refiere a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio a un enfermo, siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubieran conseguido la mayoría de los profesionales en las mismas circunstancias. En este concepto ya se adivina la existencia de los elementos fundamentales de la malpraxis, tres fundamentalmente:

1. El hecho, que a su vez abarca la acción u omisión (elemento objetivo), la posible

²⁶ JORNET, J. *Malpraxis. Aspectos legales de la relación médico-enfermo. T.I.* Ancora, Barcelona, 1991.

vulneración del deber de cuidado impuesto por las normas de experiencia, cultura, o ciencia (elemento normativo) y la previsibilidad o evitabilidad del resultado (elemento psicológico).

2. El perjuicio o daño causado, y

3. La relación de causalidad entre ambos.

Estos términos son el eje de la malpraxis y en ellos nos vamos a detener, fundamentalmente en el primero de ellos.

4.2. CONCEPTO DE LEX ARTIS MÉDICA Y DE LEX ARTIS AD HOC.

El hecho viene definido en conjunto por una falta de adecuación con la llamada “lex artis”. La expresión lex artis -literalmente “ley del arte”, ley artesanal o regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate-, se ha venido empleando de siempre, como afirma MARTÍNEZ CALCERRADA²⁷ para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta, o se ajusta o no a lo que debe hacerse. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la medicina, concebida como ciencia experimental.

La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica ha generado por sí misma una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, con la consiguiente influencia de las particularidades de cada supuesto en la determinación de la regla aplicable al caso concreto. De aquí que la doctrina y jurisprudencia hablen de “lex artis ad hoc” como módulo rector o principio de la actividad médica.

Según MARTÍNEZ CALCERRADA²⁸, aún teniendo en cuenta que existe ya un cuerpo sólido de doctrina, en donde, al pie de la letra, se expresa el canon de enjuiciar la actuación médico-sanitaria de la expresión “lex artis ad hoc”, (entre otras, pueden citarse las SS.T.S. de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991, 23 de marzo de 1993, 25 de abril de 1994, 31 de julio de 1996, 18 febrero de 1997 y 28 junio de 1997), indica que es conveniente explicitar este concepto, y entiende por tal “*aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico concreto ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado o intervención del enfermo- de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida*”.

La doctrina discute si el concepto de *lex artis* es aplicable a toda la actividad médica (exploración, diagnóstico, pronóstico, indicación y tratamiento) o si sólo ha de operar en algunos apartados del ejercicio profesional, lo que deriva en una concepción más amplia o más restringida del concepto y de su aplicación práctica.

El elemento normativo es la *vulneración del deber de cuidado*. Se entiende por tal en

²⁷ MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *Derecho Médico*. Tecnos, Madrid, 1986.

²⁸ MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La responsabilidad civil profesional*. Colex, 2ª ed., Madrid, 1999.

la actividad sanitaria, la realizada por el médico cuando de compara con la conducta que habría seguido un facultativo medio en una situación semejante con similares conocimientos y actitudes.

En la doctrina española, siguiendo a JESCHECK²⁹, se distingue: el *deber de cuidado interno*, que es el deber de advertir el peligro para el bien jurídico protegido y al que CORCOY BIDASOLO³⁰ denomina *deber subjetivo de cuidado*, y el *deber de cuidado externo o deber objetivo de cuidado*, que es el comportamiento externo correcto que evitaría el resultado atípico, pudiéndose determinar ambos con criterios general o individual, relacionado con la persona en concreto.

El deber objetivo de cuidado, aparece normalmente recogido en reglas generales de carácter técnico, tales como leyes, reglamentos, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos o costumbres.

La existencia de un fallo técnico por infracción de la *lex artis*, del que se deriva un perjuicio, implica determinar si ello se debió o no a infracción del deber objetivo de cuidado, debiendo realizarla el juez a la luz del cúmulo de circunstancias concurrentes en el caso. Más para ello son imprescindibles ciertas reglas técnicas de carácter médico, a través de informes médicos periciales, que suelen aportarse de manera voluntaria por las partes y, en su caso, por el médico forense por mandato judicial, amén de otras aportaciones de revistas especializadas sobre el problema en casos complejos o complicados y, cada vez con más frecuencia, protocolos relacionados con la problemática pericial que se discute en el proceso elaborados por sociedades científicas de ámbito nacional o expertos en el área o especialidad de que se trate, en los que se plasman normas técnicas actualizadas y recomendadas para obtener una correcta praxis médica, constituyendo estos documentos una importante ayuda que va a ser determinante para dilucidar el criterio de *lex artis* (correcta o no) aplicable al hecho que se juzga.

Otro aspecto importante en la determinación del deber objetivo de cuidado es si se ha de acudir al *baremo general del hombre medio* en su respectivo ámbito de relación, o al baremo individual de las condiciones y capacidades especiales de cada profesional en concreto, apareciendo esta problemática rodeada de un cierto relativismo, sosteniendo DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO³¹ que la norma se fija con referencia al hombre medio cuidadoso del mismo círculo o ámbito de relación del autor y dotado de similares conocimientos y aptitudes. MIR PUIG³² defiende un deber de cuidado acorde con los poderes individuales del autor, debiendo exigirse a todos un nivel ajustado al grado de esfuerzo que se requiere al hombre medio.

Analizando el tema desde una perspectiva judicial, es difícil determinar el deber objetivo de cuidado con arreglo al grado de esfuerzo aplicado por una persona en una acción concreta, por lo que se considera que debe establecerse con unos índices

²⁹ JESCHECK, HH. *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Comares, 4ª ed., Granada, 1993.

³⁰ CORCOY BIDASOLO. *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*. P.P.U.; Barcelona, 1989.

³¹ DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, O. *Derecho Penal, Parte General*. Castellanos, Madrid, 1986.

³² MIR PUIG. *Derecho Penal. Parte General*. P.P.U., 3ª ed., Barcelona, 1990.

mínimos de generalidad y objetividad, si bien han de tenerse en cuenta las circunstancias, los conocimientos y aptitudes en el momento anterior a la ejecución del hecho y ello ha de ponerse en relación con la conducta que observaría un hombre diligente de ese mismo contorno o ámbito socio-laboral en esa misma situación y con similares conocimientos y aptitudes. La Jurisprudencia de la Sala Segunda del T.S. afirma en reiteradas resoluciones que ha de quedar fuera del ámbito penal la falta de extraordinaria pericia o cualificada especialización (SS.T.S. 10/3/59, 8/10/63, 5/2/81 y 8/6/81, 4/9/91), lo que no excluye que sea considerado dentro del ilícito civil. De otro lado, también se alude en algunas sentencias a la diligencia previsible para un profesional medio de la medicina (SS.T.S. 27/5/88, 5/7/89, 14/9/90).

Por otra parte, es importante considerar los medios personales y materiales sanitarios dedicados al tratamiento del enfermo, y que el Juez conozca el contexto socio-económico en que se desenvuelve la conducta profesional enjuiciada, pues ello adquiere notoria relevancia al establecer la *lex artis* del caso concreto y el grado de cuidado exigible en el supuesto fáctico que se juzga.

En la *lex artis* deben considerarse, en resumen, diversos niveles:

Uno, el de los *criterios generales de actuación o lex artis propiamente dicha*, que viene dado por el estado de la ciencia médica en cada momento, y que viene reflejado en las publicaciones científicas, protocolos, conferencias, congresos, etc. Dado el gran desarrollo que han tenido los protocolos en la actualidad y la exactitud con que suelen reflejar el estado de la ciencia médica, deben tenerse muy en cuenta para determinar el deber objetivo de cuidado y, en general, del contenido de la *lex artis*, siendo un instrumento importante de ayuda a la labor judicial y de seguridad para la práctica de los profesionales de la medicina.

Y otro, el de los *criterios de actuación en determinadas circunstancias* ambientales, de tiempo, lugar de actuación, disponibilidad de medios y recursos del Centro en que se ejerce la Medicina, “*teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente, y, en su caso, de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria)*” (S.T.S. de 11 de Marzo de 1991) y, en general, tan específicos y dependientes de cada caso concreto que hacen que la “*lex artis*”, referida a la Medicina, se denomine “*lex artis ad hoc*”.

4.3. La CULPA MEDICA. El elemento psicológico de la malpraxis radica en la previsibilidad y evitabilidad del hecho, lo que nos lleva a considerar el **concepto de culpa médica**. *Lex artis* y culpa tienen una íntima relación. El actuar culposo se asienta sobre dos elementos fundamentales: la prevención y la previsión, que, como se ha dicho, constituyen el elemento psicológico de la malpraxis. La prevención obliga al actor al deber de diligencia, frente a la que está la infracción del deber de cuidado, que supone la omisión de determinadas reglas aconsejadas universal y genéricamente para todo tipo de circunstancias o, en su caso, más concretadas a la situación particular.

El hecho imprudente surge de la comparación entre la conducta ejecutada y aquella que debería haberse realizado conforme a las observancias de las reglas correspondientes de cuidado emanadas de la ciencia médica, de las normas deontológicas y de los protocolos médicos, los cuales, en virtud de su cada vez mayor

implantación en los procedimientos de diagnóstico y terapéutica médica, así como de su solvencia científica, pueden y deben tener, junto a la pericia, un importante papel en el proceso mediante su aportación y valoración judicial como pruebas fundamentales.

Sin embargo, esa falta de soporte legal que defina la “lex artis” no impide la obligación del médico de asistencia diligente y con el fin de sanar, mas quedando bien patente que *el médico no asume una obligación de resultado, sino una obligación de medios o servicios*: prestar y proporcionar al paciente todos los medios y cuidados dirigidos a curar, según el estado de la ciencia médica y la lex artis ad hoc en cada caso concreto. (SS.T.S. 12/7/88, 8/10/92, 15/11/93, entre otras).

Como ya se ha señalado, no hay en los textos legales definición alguna de la imprudencia, conformándose el ordenamiento jurídico con atribuir determinadas parcelas de responsabilidad a los actos culposos, negligentes o imprudentes, ya que es imposible una regulación concreta de los mismos, debido a su multiplicidad y variedad. Pero, desde una perspectiva general, la culpa puede definirse como aquella acción u omisión que vulnera un deber objetivo y concreto de cuidado, produciendo un resultado lesivo o dañoso directamente relacionado con una acción inicial, y que, por su naturaleza, era previsible y evitable. La más moderna doctrina (S.T.S. 13/2/97, siendo ponente MARTÍNEZ PEREDA) ha señalado que en la estructura del tipo de la imprudencia médica han de concurrir los siguientes requisitos:

A/ acto médico que inobserva los deberes objetivos de cuidado que impone la lex artis.

B/ la producción de aborto, muerte o lesiones.

C/ relación de causa a efecto entre el daño y la conducta.

D/ imputación objetiva del resultado.

La existencia de *relación causal de la acción con el resultado lesivo es indispensable para poder hablar de culpa o negligencia médica* El resultado ha de devenir directamente relacionado en causalidad adecuada con la acción u omisión, de tal forma que para apreciar la culpabilidad del agente se precisa que el resultado sea “*una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, entendiéndose por consecuencia natural, aquella que propicia entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, debiéndose valorar en cada caso concreto, si el acto inicial tiene virtualidad suficiente como para que de él se derive el resultado dañoso, no siendo suficiente las simples conjeturas, ni la interrelación de acontecimientos que interrumpen el nexo causal*”. (S.T.S. 6/2/99).

Finalmente, no conviene dejar de lado, cuando tratamos de acotar el concepto de culpa médica, que la jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo han ido acuñando un sólido cuerpo de doctrina basado en los siguientes principios básicos, que se repiten sistemáticamente en sus judiciales resoluciones:

A/ Por lo general, el médico no asume una obligación de resultados, sino de medios o servicios, esto es, prestar y proporcionar al enfermo los medios destinados a reponer la salud, según el estado de la ciencia médica y de la “lex artis ad hoc” (SS.T.S. 15/11/93 y 4/3/93 entre otras).

B/ Los errores de diagnóstico, salvo los errores groseros o graves, no entrañan responsabilidad, y en menor medida responsabilidad penal (S.T.S. 21/11/96, 21/4/92).

C/ La pericia que ha de contar el médico ha de ser la ordinaria, en ningún caso es exigible que sea de orden extraordinario (S.T.S. 5/7/99).

D/ No existen verdades universales, debiéndose huir de generalizaciones inmutables (S.T.S. 5/7/99).

E/ El elemento normativo de la imprudencia médica, es decir, la infracción del deber de cuidado, o bien el olvido de las reglas de la *lex artis*, ha de ser evaluado no aislando el acto desencadenante del daño, sino tomando en consideración de manera ponderada todas las circunstancias concurrentes a la acción (S.T.S. 5/5/89).

F/ Si las deficiencias o el estado del material no consta que sean imputables a los facultativos, no se les puede atribuir tampoco la responsabilidad del resultado acaecido en su virtud.

5. ANALISIS DE LA PRUEBA PERICIAL MEDICO FORENSE.

Al cuestionarse una actuación médica en un procedimiento judicial, que con gran frecuencia se trata de una investigación penal, una de las primeras diligencias que pedirá el Juez o el Ministerio Fiscal (junto con las correspondientes declaraciones de denunciantes, denunciados, testigos, remisión de los historiales clínicos), será solicitar una prueba pericial encaminada a la valoración de la actuación médica cuestionada, pericia que, a priori, posee enorme importancia en la resolución final del proceso.

5.1. FUNCION DE LOS PERITOS.

El enorme valor que le otorgan de manera reiterada los Tribunales de Justicia a la prueba pericial le viene dado por la imparcialidad que se presume de quienes la emiten en principio, los médicos forenses, al iniciarse los procedimientos frecuentemente por la vía penal y ser éstos funcionarios públicos a los que la ley expresamente atribuye la función de “*asistencia técnica a los Juzgados, Tribunales y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional*” (art. 498.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), estando expresamente contemplada como función suya “*la emisión de informes y dictámenes médico-legales*” (art. 3.a del Reglamento Orgánico del Cuerpo Nacional de Médicos Forenses, RD 296/1986).

Este dictamen es posiblemente, como señala DE LA CRUZ RODRÍGUEZ³³, uno de los actos periciales más exigentes de buenas cualidades profesionales y personales en el perito médico, dadas las circunstancias, peripecias y presiones que rodean a estos procesos, a veces muy dilatados en el tiempo, poniendo a prueba tales cualidades al valorar la actuación profesional de compañeros de ejercicio. Refiere EXPÓSITO RUBIO³⁴ que la tensión se ve incrementada si se advierte que su dictamen será mirado con lupa tanto por la defensa de la víctima como por la defensa del médico denunciado; y que es muy posible que, si los

³³ DE LA CRUZ RODRÍGUEZ, JG. “La peritación médico-forense en casos de responsabilidad médica”. En Curso Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico. Responsabilidad del Médico Forense. Madrid, Noviembre 1999. Madrid: C.E.J.A.J.; 1999

³⁴ EXPÓSITO RUBIO, JM. “Demanda y contrademanda: La reacción legal del médico frente al proceso judicial por hechos derivados de su actividad profesional”. En Curso Análisis de Responsabilidad Profesional del Médico. Responsabilidad del Médico Forense. Madrid, Noviembre 1999. Madrid: C.E.J.A.J.; 1999.

intereses de alguna de las partes no se ven beneficiados, estas soliciten nuevos informes de otros profesionales con un mayor grado de preparación específica, esto es, especialistas en la cuestión médica motivo de pericia, al cuestionar técnicamente las conclusiones del médico forense. Desde esta perspectiva, se espera del dictamen pericial del médico forense sobre todo imparcialidad, objetividad, pero también profundidad técnica, aunque es preciso recalcar que, si bien inicialmente en la mayoría de las ocasiones la prueba pericial médica será realizada por éstos, no tiene por qué tener esta condición el perito médico encargado de la valoración de la actuación médica cuestionada.

De sumo interés nos parece el contenido de una sentencia el pasado 31/01/2005 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Jaén (Rollo 4/05), que tuvo como ponente al Ilmo. Magistrado D. Rafael Morales Ortega: *"Muy frecuentemente sucede que en los supuestos de conductas imprudentes se incurre en el error de enjuiciarlas desde el presente, esto es, una vez que se sabe lo que ocurrió y por qué. Lo correcto es analizar la imprudencia realizando un juicio ex ante, es decir, teniendo en cuenta las condiciones y circunstancias existentes antes de la acción para desde ellas hacer un juicio de previsibilidad y de adecuación de la conducta del médico, que en aquel momento solo conoce esas circunstancias y no otras ni el desenlace final de los acontecimientos, a las normas de diligencia exigibles"*³⁵.

Encontramos de manera muy acertada la explicación jurídica de la actuación de los peritos en el procedimiento judicial en la doctrina de dos resoluciones judiciales del Tribunal Supremo:

"Los peritos, como sucede con los testigos, son terceros, es decir, no intervienen en el proceso como partes, sino que prestan su colaboración con el Tribunal, en orden a los conocimientos especializados que tienen, y pueden ofrecer unas determinadas conclusiones para el enjuiciamiento de los hechos que no son vinculantes para el Juzgador. El perito informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de la experiencia de que él puede carecer, pero nunca le sustituye porque no se trata de un Tribunal de peritos o expertos, sino de una colaboración importante y no determinante por sí de la resolución judicial. El juez puede disponer de una prueba pericial plural y diversa y de ella habrá de deducir aquellas consecuencias que estime más procedentes" (S.T.S. de 26 de septiembre de 1990).

"La necesidad de realizar un informe pericial está condicionada a que para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia de importancia en las actuaciones, sea necesario o conveniente conocimientos científicos o artísticos, o practicar operaciones o análisis desarrollados conforme a los principios y reglas de una ciencia o arte" (S.T.S. de 20 de abril de 1990).

5.2. INFORME PERICIAL MEDICO FORENSE.

Para la revisión de la metodología pericial y de las cuestiones fundamentales que a nuestro juicio siempre deben ser analizadas en un informe pericial de responsabilidad por presunta imprudencia médica seguiremos como guión del protocolo o guía de actuación médico forense cuyo contenido fue debatido por médicos forenses de los

³⁵ **MORALES ORTEGA, R.** "El médico debe ser juzgado desde la duda diagnóstica". *Diario Médico*. 21/04/2005. Normativa.

Institutos de Medicina Legal de Andalucía en un Curso de Formación Continuada de la Consejería de Justicia de la Junta de Andalucía teniendo como tema monográfico la Responsabilidad Profesional Sanitaria e impartido en la ciudad de Jaén en noviembre de 2003³⁶. No obstante, aún no ha sido institucionalizado de manera oficial ni es de obligatorio cumplimiento, sino que sólo sirve de guía de actuación para aquellos médicos forenses que así lo deseen.

PROTOCOLO DE INFORME MEDICO FORENSE EN PERICIALES DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL SANITARIA POR PRESUNTA IMPRUDENCIA MEDICA PRESENTADO EN UN CURSO DE FORMACION CONTINUADA PARA MEDICOS FORENSES DE LOS IML DE ANDALUCIA.

PREÁMBULO.

OBJETO DE LA PERICIA.

En virtud de lo ordenado por SS^a, procede a emitir informe sobre lo que se le formula, concretamente:

- A. Valoración de la imprudencia o falta médica.
- B. Valoración del perjuicio o daño ocasionado.
- C. Valoración de la relación de causalidad.

METODOLOGÍA PERICIAL

Para proceder a la solicitado por la autoridad judicial este perito ha utilizado el siguiente método pericial:

- A. Estudio minucioso de la denuncia o querrela criminal.
- B. Revisión y estudio de toda la documentación médica existente en el procedimiento judicial directamente relacionada con la asistencia médica. No debemos olvidar la totalidad de las pruebas complementarias realizadas durante el acto médico peritado.
- C. Examen y entrevista del perjudicado. Cuando el resultado de la actuación médica denunciada ha ocasionado la muerte del paciente es preciso la realización de la Autopsia médico legal, solicitando la realización de investigaciones complementarias (estudios histopatológicos, toxicológicos, microbiológicos, etc), acompañada de reportaje fotográfico y de una entrevista con familiares de la víctima, que pueden aportar datos de interés al perito.
- D. Estudio de declaraciones judiciales: denunciados, denunciantes y testigos.
- E. Revisión bibliográfica del tema (¡Protocolos o Guías de actuación!).
- F. Estudio de otras pruebas periciales aportadas al procedimiento judicial: a instancias de las partes interesadas, del médico forense o de la autoridad judicial, procedentes de peritos especialistas, de Cátedras de Medicina

³⁶ **HERNÁNDEZ GIL, A.** “El informe pericial médico-forense en materia de responsabilidad profesional sanitaria”. Curso de Responsabilidad Profesional Sanitaria en el Plan de Formación para Médicos Forenses organizado por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Jaén, 2003.

Legal y Forense, de Otras Cátedras de la Facultad de Medicina, de Departamentos de Centros Hospitalarios o de las Reales Academias de Medicina.

ESTUDIO DE LA PRESUNTA IMPRUDENCIA O FALTA MEDICA.

- A. Estudio de la praxis médica realizada. Relación de los hechos ocurridos.
- B. Estudio de la Praxis Médica Habitual en este tipo de lesiones o de la Lex Artis Ad Hoc. Especial valoración de los protocolos o guías de actuación médica.
- C. Estudio comparativo de la praxis médica realizada en relación a la praxis médica habitual o lex artis ad hoc, es decir, del diagnóstico y tratamiento aplicado en relación a los procedimientos diagnósticos y terapéuticos habitual y comúnmente aceptados. Consideraciones médico-legales básicas:
 - C.1. Valorar la adecuación o no a la lex artis ad hoc.
 - C.2. Evaluar la prestación de cuidados.
 - C.3. Valorar la posibilidad de error diagnóstico o terapéutico.
 - C.4. Evaluar la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño.
 - C.5. Evaluar la existencia o no de riesgo típico.

ESTUDIO DEL DAÑO O PERJUICIO OCASIONADO.

- A. Descripción del daño. Valorar la existencia de daño desproporcionado.
- B. Valoración del daño: empíricamente o con uso analógico de baremos.

VALORACIÓN DE LA RELACION DE CAUSALIDAD.

- A. Considerar los criterios clásicos de causalidad: topográficos, cronológicos, fisiopatogénicos, clínicos, continuidad evolutiva, verosimilitud, realidad y certeza diagnóstica y criterio de exclusión (descartar estado patológico anterior).
- B. Descartar la existencia de fuerza mayor.

EMISIÓN DE CONCLUSIONES MEDICO-LEGALES.

- A. Valoración del acto médico.
- B. Valoración del daño o perjuicio ocasionado.
- C. Valoración del nexo de causalidad.

A continuación revisaremos los puntos más interesantes del protocolo o guía de actuación propuesto para la elaboración de este tipo de dictámenes médico forenses, concretamente la metodología pericial utilizada, el estudio de la praxis médica, el estudio y la valoración del daño o perjuicio ocasionado, la valoración de la relación o nexo de causalidad entre ambos y la emisión de las conclusiones finales.

5.2.1. Inicialmente resulta indispensable **conocer los objetivos concretos de la pericia** y para ello es primordial revisar con minuciosidad la Providencia Judicial o del Ministerio Fiscal. En este tipo de pericias, de manera habitual debe procederse a las siguientes valoraciones:

- *Valoración de la presunta imprudencia médica.*
- *Valoración del daño ocasionado.*
- *Valoración de la relación de causalidad.*

Pero no siempre se solicita determinar la existencia o no de la totalidad de los requisitos de la responsabilidad profesional sanitaria. Así, existen ocasiones en que se admite la existencia de relación de causalidad entre el acto médico y el daño y sólo se precisa una valoración del mismo, o bien, existe unanimidad entre las partes litigantes en la existencia y valoración del daño pero discrepan en la relación causal del mismo. Por tanto, para evitar actuaciones periciales innecesarias es fundamental conocer con exactitud el objeto de la pericia y actuar en consonancia a ello.

Como refiere de modo acertado GALLEGO RIESTRA³⁷ lo que tiene especial importancia es *“que el perito sea consciente de que su cometido radica en proporcionar al juzgador la información necesaria para poder valorar la conducta del enjuiciado, debiendo limitarse a indicar si con los datos que obraban en poder de aquél y con los que un médico de sus mismas características hubiera podido obtener, era posible actuar de forma distinta a como lo hizo, o si por el contrario la actuación del inculpado es acorde con las reglas de actuación que rigen en la profesión de acuerdo con los conocimientos técnicos que en el momento de los hechos tenía el mundo científico”*.

5.2.2. Metodología pericial propiamente dicha.

5.2.2.1. Estudio minucioso de la denuncia o querella criminal, realizando a ser posible un resumen de la misma incidiendo en los hechos denunciados, a fin de cotejarlos posteriormente con el contenido de la documentación médica (Historia clínica).

5.2.2.2. Quizás la prueba que más datos aporta para la resolución de la prueba pericial es la ***revisión y estudio de toda la documentación médica*** existente en el procedimiento judicial, consistente en la mayoría de las ocasiones en una ***historia Clínica***. Por tanto, es imprescindible solicitar a la autoridad judicial que se ordene la remisión de la Historia Clínica íntegra, ordenada y, a ser posible, la original (las copias son en numerosas ocasiones ilegibles). La importancia otorgada por los Tribunales a la Historia clínica quedó acreditada en la revisión de la misma en el anterior capítulo al cuál nos remitimos.

Debemos igualmente ***estudiar la totalidad de las pruebas complementarias*** (Estudios Analíticos, Radiografías, Ecografías, Resonancias Magnéticas, Electromiografías, Electrocardiogramas, Registros Tococardiográficos, etc.) que sean precisas para interpretar de manera correcta la actuación médica.

DONALDSON³⁸, Presidente del Comité de Responsabilidad Profesional de la Academia Americana de ORL, refería respecto a la Historia Clínica que constituye *“el mejor aliado o el peor enemigo del médico en juicio”*. La historia clínica es una de las mejores armas del médico diligente, pero también sirve para proteger al paciente cuando la asistencia prestada no se ha ajustado a la *lex artis*³⁹.

³⁷ GALLEGO RIESTRA, S. “Prueba y valoración de daños”. *Cuadernos de Derecho Judicial*, (MON), 1995, pp 419-451.

³⁸ DONALDSON, J. “Una historia clínica bien hecha le cuesta al Insalud una condena millonaria”. *Diario Médico*. 04/05/2000. Normativa.

La aplicación de la Ley 41/2002 exige a los peritos la revisión del consentimiento informado si fuera necesario. De igual modo son numerosas las sentencias condenatorias o absolutorias en relación a dicho acto tal y como reflejamos al revisar el consentimiento informado.

5.2.2.3. Cuando la actuación médica denunciada tenga como resultado lesivo la muerte del enfermo asistido es necesario e indispensable la realización de una **autopsia médico legal**, lo más completa posible, siendo aconsejable apoyarse en la realización de investigaciones complementarias (estudios histopatológicos, toxicológicos, microbiológicos, etc) y acompañado de un completo reportaje fotográfico. Entendemos que estamos ante uno de los casos en que es aceptable posponer temporalmente (24-48 horas) la práctica de la autopsia médico-legal, con el fin de estudiar detenidamente la denuncia, la historia clínica completa, una mínima bibliografía médica y, con ello, basados en datos científicos y objetivos, enfocar de manera correcta y adecuada la necropsia, no dejando escapar posibles hallazgos o pruebas que puedan resultarnos a posteriori fundamentales para la resolución de los hechos.

Según un artículo de Medscape General Medicine un reciente estudio de la Universidad de British Columbia *“la autopsia es un método eficaz para el control de errores médicos, y por tanto debería aumentar su número para prevenir los errores en sanidad”*. Los autores del estudio consideran paradójico que el número de autopsias hospitalarias, método tradicionalmente considerado como el patrón oro de control de la calidad de la asistencia médica, haya ido disminuyendo considerablemente, con lo que se desperdicia la oportunidad de identificar errores médicos. La autopsia sigue siendo la mejor herramienta disponible para evaluar con exactitud un diagnóstico así como para identificar errores sistemáticos susceptibles de corrección (metodológicos y humanos)⁴⁰.

Si el resultado de la actuación médica denunciada han sido lesiones, es preciso realizar el **examen físico del perjudicado**, generalmente denunciante, con el fin de proceder a una correcta valoración del daño ocasionado. Si es necesario recurrir a la

³⁹ Si se solicita una pericial en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativo, es de aplicación en relación a la petición de la historia clínica **LA LEY 30/1992, DE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN**, concretamente los siguientes artículos:

Artículo 48: “El expediente original o copiado se enviará completo, foliado y en su caso autenticado, acompañado de un índice, asimismo autenticado, de los documentos que contenga”.

Artículo 46.7.: “Transcurrido el plazo de remisión del expediente sin haberse recibido completo, se reiterará la reclamación, y si no se enviara al término de diez días contados como dispone el apartado 3, se impondrá una multa coercitiva de 50.000 a 200.000 pesetas a la autoridad o funcionario responsable. La multa será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido”. La eventual sanción impuesta por este precepto trata de impedir que la Administración oculte datos esenciales para la resolución de la causa, garantizando con ello la igualdad de las partes en el proceso.

Artículo 48.10. : “Impuestas las tres primeras multas coercitivas sin lograr que se remita el expediente completo, el juez o tribunal pondrá los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de seguir imponiendo nuevas multas”. Las garantías legales no se agotan con la posibilidad de imponer multas de carácter sancionador, sino que el legislador quiere ir más allá. Así, faculta al juez a que si tras las tres primeras multas no se ha recibido la totalidad de los documentos, se puedan poner los hechos en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inste las oportunas responsabilidades penales.

⁴⁰ **BURTON, E. Y NEMETZ, P.** “La autopsia es un método eficaz para el control de errores médicos”. Publicación electrónica de Medscape General Medicine. Diario Médico. 04/05/2000. Normativa.

realización de pruebas complementarias para una correcta valoración del mismo, se lo haremos saber al Juez instructor quién decidirá como proceder a la realización de las pruebas solicitadas. Y en el mismo acto exploratorio, debemos aprovechar con la **entrevista del lesionado** la oportunidad de aclarar determinados extremos de la actuación médica que nos aparezcan contradictorios o extraños tras el estudio de la denuncia y la documentación médica existente en el procedimiento judicial.

5.2.2.4. Examen de las declaraciones judiciales, tanto de los facultativos o asistentes sanitarios denunciados o imputados como de la víctima de la actuación médica, sin olvidar la de aquellos testigos (otros profesionales sanitarios o familiares del asistido) que puedan aportar datos esclarecedores en la resolución de los hechos.

En relación al interés o no de las declaraciones judiciales de los imputados, parece lógico realizar inicialmente un estudio de la denuncia, documentación médica y pruebas complementarias existentes, ya que existen ocasiones en que no es necesario para la elaboración del informe final el tener que recurrir a este extremo, evitando con ello el hacer pasar por el Juzgado a los profesionales denunciados.

No obstante, en numerosos casos debe comunicarse mediante oficio al Juez Instructor que es preciso la aclaración de determinados extremos de la actuación médica. Corresponde a éste último determinar si es suficiente la emisión de un informe médico que responda a las cuestiones requeridas o si es más conveniente que se tomen declaraciones a los profesionales denunciados.

En el caso de que se estime necesaria la declaración de los imputados, resultan éstas de mayor valor en la resolución de los hechos cuando se colabora con la autoridad judicial en el sentido de señalar previamente a las mismas de manera concreta qué extremos de la actuación médica deben ser aclarados. Desde nuestro punto de vista no nos parece lógico estar presentes en las declaraciones y realizar funciones que a nuestro parecer corresponden al Ministerio Fiscal, letrados de las partes litigantes o al Juez Instructor, independientemente de que lo asesoremos de manera correcta.

5.2.2.5. Estudio de bibliografía médica relacionada con la actuación médica motivo de pericia. Este extremo es de vital importancia, ya que el estudio minucioso del acto médico denunciado, consistente en revisión bibliográfica *amplia, actualizada* y lo más parecida a las circunstancias que rodean los hechos denunciados (edad del enfermo, patologías y tratamientos asociados, nivel asistencial, formación del médico imputado, etc.).

Un buen estudio bibliográfico es fundamental ya que dota de objetividad y profundidad técnica a la pericia, siendo éstos requisitos necesarios e indispensables al aportar la necesaria garantía técnica y científica en el informe elaborado, características requeridas de manera unánime por los Tribunales en copiosa jurisprudencia.

La bibliografía recomendada para realizar este tipo de pericias variará en función del acto médico denunciado, si bien, no podemos obviar la importancia de la aportación de **protocolos o guías de actuación médica**, ya que facilitarán indudablemente la comprobación de la culpa o diligencia del médico al constituir un parámetro de guía de comportamiento profesional que se encuentra a disposición de todos los interesados: reclamantes, médicos, acusación, defensa, peritos y magistrados. Su enorme

trascendencia como eje del fundamento teórico de la pericia, valor reflejado en reiterada jurisprudencia, fue analizado ya en el anterior capítulo.

5.2.2.6. Siempre y cuando existan, debe procederse al *estudio de otras pruebas periciales aportadas al procedimiento judicial*, a instancia de alguna de las partes que intervienen en el procedimiento, Ministerio Fiscal, acusación particular o defensa, del médico forense o de la autoridad judicial. Pueden aportarnos datos que no nos hayan sido facilitados durante la instrucción del procedimiento y determinen un cambio de orientación en la elaboración del informe final, o bien, bibliografía médica o protocolos de actuación que nuestra investigación no haya sido capaz de encontrar.

Cuando la actuación médica cuestionada se trate de gran especialización o siempre que el perito no posea la suficiente formación científica y/o técnica para la emisión del informe, se viene aconsejando desde diversos foros *solicitar la colaboración judicial de peritos especialistas* nombrados por los Colegios de Médicos en la materia médica objeto de pericia, no obviando la que pueden prestar *cátedras de Medicina Legal y Forense, otras cátedras de la facultad de medicina, departamentos de centros hospitalarios o las Reales Academias de Medicina*.

También existe la posibilidad de recabar información por parte de especialistas médicos sin la elaboración de informes por éstos últimos, si bien a este último proceder no se le otorga el mismo valor por parte de los Tribunales que a un informe elaborado y firmado por dos peritos.

5.2.3. Estudio de la presunta imprudencia o falta medica.

5.2.3.1. Estudio de la praxis médica realizada.

Tras la revisión, análisis y cotejo de la denuncia o querrela criminal, historial clínico completo, declaración de denunciados, denunciantes y testigos, y pruebas periciales si las hubiera procederemos a la **relación de los hechos ocurridos**, del modo más objetivo posible, Si existieran divergencias notables en los hechos relatados por los litigantes, aconsejamos reflejar ambas y basarnos únicamente en los datos objetivos.

5.2.3.2. Estudio de la praxis médica habitual en este tipo de lesiones o de la lex artis ad hoc.

Una buena técnica pericial es la referida por AREMANY y PUJOL⁴¹: *“El informe pericial no tiene que ser un tratado de patología médica o quirúrgica, una clase magistral ni tampoco un artículo científico. La prueba pericial médica debe tener en cuenta además de la actuación profesional, la titulación del que la ha realizado, el entorno y las circunstancias del proceso, el nivel sanitario donde se ha efectuado, los medios disponibles por el médico y el estado de los conocimientos médico-científicos en el momento que se realizó el acto médico enjuiciado.*

Por lo tanto, hay que conseguir que el perito se intente poner en el lugar del médico denunciado, en el sitio, la hora, las circunstancias, los medios disponibles, etcétera, dado que a posteriori las cosas no son igual y pueden parecer de otra manera, si no

⁴¹ **ARIMANY, J. Y PUJOL, A.** “La prueba pericial médica en casos de responsabilidad profesional”. *Diario Médico*. 07/04/2004.

tenemos en cuenta todos estos factores. Un error profesional o un informe pericial superficial, sin tener en cuenta cada una de las circunstancias del caso y su documentación, puede comportar error en las decisiones que el tribunal adopte y puede lesionar los derechos de los perjudicados con el error cometido”.

Por todo ello, es esencial que el perito valore la práctica médica habitual considerando la especialización del profesional, los medios disponibles del centro médico, las circunstancias del acto médico, del enfermo, de la jornada laboral, etc.

Los **protocolos o guías de actuación médica**, tal y como reflejan algunas sentencias, *constituyen un parámetro ideal para plasmar las directrices y recomendaciones actualizadas que un grupo de expertos establecen para orientar la labor diaria de los profesionales*, convirtiéndose por tanto, en los mejores aliados para peritos y Tribunal, a la hora de valorar la adecuación de un acto médico a las normas habituales de conducta. Por tanto, nos parece imprescindible la inclusión en el informe pericial de algún protocolo o guía de actuación relativo al acto médico peritado.

5.2.3.3. Estudio comparativo de la praxis médica realizada en relación a la praxis médica habitual o lex artis ad hoc, es decir, del diagnóstico y tratamiento aplicado en relación a los procedimientos diagnósticos y terapéuticos habitual y comúnmente aceptados.

El análisis del extremo reflejado constituye el eje del informe pericial y su importancia, otorgada de manera reincidente por jurisprudencia copiosa, tal y como vimos inicialmente, viene dada al dotar de fundamentación científica la pericia. Dentro de las consideraciones médico-legales que entendemos necesarias o básicas en este tipo de informes podemos citar:

- 1º. Valorar la adecuación o no a la lex artis ad hoc.
- 2º. Evaluar la prestación de cuidados.
- 3º. Valorar la posibilidad de error diagnóstico o terapéutico.
- 4º. Evaluar la imprevisibilidad e inevitabilidad del daño.
- 5º. Evaluar la existencia o no de riesgo típico.
- 6º. Valorar la existencia o no de daño desproporcionado.

5.2.4. Estudio del daño.

Un correcto informe médico-forense pericial sobre presunta responsabilidad profesional médica debe siempre abordar el estudio del daño, y no sólo la descripción del mismo sino también su correcta valoración.

5.2.4.1. Descripción del daño.

El daño corporal, según HERNÁNDEZ MORENO⁴² debe indemnizarse en su totalidad y en él hay que distinguir dos grandes componentes: patrimonial y extrapatrimonial. El patrimonial a su vez comprende el daño emergente, que es el coste de la lesión (que abarca gastos médicos de asistencia, curación, rehabilitación, etc., así como traslados, transporte, dieta y viático, y posible ayuda de tercera persona) y el lucro

⁴² **HERNÁNDEZ MORENO, J.** Tesis Doctoral: “Valoración del Daño Corporal. Estado de la Cuestión a partir del Análisis de Encuestas a Médicos y Jueces y de Sentencias de los Tribunales de Justicia”. Granada, 1994.

cesante, que es lo que se ha dejado de percibir (que a su vez comprende la pérdida de capacidad productiva o ganancial -laborativa genérica y específica- y la no ganancial, que es la capacidad proyectiva de la personalidad -social, doméstica, deportiva, artística, sexual, infantil, juvenil, etc.). El daño extrapatrimonial abarca los sufrimientos -“quantum doloris”-, tanto morales como físicos y el daño estético. El concepto clave a la hora del establecimiento de las secuelas definitivas es *la falta de evolución del proceso*, siendo la consolidación el momento a partir del cual se debe realizar la valoración del daño sufrido por una persona a consecuencia de alguna lesión.

Cuando tras el análisis pormenorizado del acto médico peritado nos encontremos con un *grave e irreparable resultado, que afecta de manera negativa e irremediable a la salud del enfermo* (S.T.S. 12/12/98) siendo patente *éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente*, conocida la trascendental repercusión que viene teniendo en las sentencias dictadas en cualquiera que sea la vía jurisprudencial utilizada por el demandante, entendemos que el perito debe reflejar en su informe que nos encontramos ante un daño desproporcionado a los resultados normales del acto médico.

5.2.4.2. Valoración del daño: utilización analógica de baremos.

El artículo 141.2 LRJPAC establece con carácter general que *“la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado”*.

RUIZ VADILLO⁴³ pone el acento en las ventajas que conlleva el uso de baremos y que pueden concretarse en la búsqueda de un sistema lo más perfecto posible, tratando de que en ellos domine la certeza, el equilibrio y la proporcionalidad. La necesidad de un baremo viene impuesta no sólo por razones de igualdad, sino también, especialmente, a fin de *desjudicializar las reclamaciones de los usuarios en el mundo sanitario*, al facilitar los acuerdos extrajudiciales desde el momento en que el baremo establezca unas cuantías indemnizatorias que sirvan de referencia para las negociaciones entre las partes.

SOTO NIETO⁴⁴ ha sido uno de los autores que con más constancia y claridad de conceptos ha abogado por la oficialización de un baremo vinculante, como instrumento imprescindible a fin de desjudicializar las reclamaciones por daños corporales producidos como consecuencia de la asistencia sanitaria, tanto si se trata de cubrir la responsabilidad civil mediante un sistema de seguro o a través del procedimiento establecido para la reparación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Manifiesta el autor que *“el profesional sanitario anda desconcertado ante pronunciamientos judiciales favorables al reconocimiento de sumas exorbitantes que, en ocasiones sobrepasa el límite de lo razonable. La sanidad pública debe abrirse hacia la creación de un fondo de garantía ligado a un adecuado régimen de baremos para la atención de supuestos siniestros. Ello supondría un elemento de protección frente a muchas demandas y requerimientos y una confianza y tranquilidad para*

⁴³ RUIZ VADILLO, E. “La responsabilidad de la Administración y de los profesionales sanitarios”. *Asociación Juristas de la Salud. Madrid: Publicaciones de la Comunidad de Madrid*; 1993; p. 110.

⁴⁴ SOTO NIETO, F. “Por un baremo de daños médicos”. *Diario Médico*. 05/09/2000. Normativa.

médicos y sanitarios en general. La atención médica es un reto permanente entre la prudencia tan ligada a la moderadora *lex artis* y el coeficiente de riesgo -riesgo permitido- a que obliga de ordinario una intervención o terapia curativa. Existen razones de peso para que los patrones de la responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva se incorporen a la actuación médica, con sus correlatos de seguro obligatorio y admisión de un sistema de tasado de resarcimiento. Las ventajas de un sistema -tan vinculante como flexible- de precisiones tasadas incluso no ofreciéndose perfecto son superiores a sus inconvenientes. Lo decisivo es que el régimen de baremos, sensible a todas las vicisitudes que le condicionan, ofrezca un irrenunciable punto de revisión y puesta al día, en evitación de tachas u objeciones que le descalifiquen”.

FERRE⁴⁵, Presidente del Colegio de Médicos de Alicante, entiende que “está justificada la necesidad de un baremo obligatorio para la indemnización de los daños médicos, que traería consigo un indudable factor de seguridad jurídica, en la medida que ambas partes litigantes se hallarían constreñidas a unos límites económicos que se conocerían de antemano. Ello tendría, al menos, dos importantes consecuencias: facilitaría la consecución de acuerdos transaccionales cuando ambas partes coincidiesen en los hechos objetivos de la producción de un daño indemnizable por culpa o negligencia; e impediría la discrecionalidad de los órganos judiciales en lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria. La aplicación del baremo obligatorio provocaría un efecto indirecto de notable trascendencia: ya que las compañías aseguradoras reducirían la incertidumbre de los resultados económicos: se podrían hacer previsiones sobre máximos indemnizatorios en virtud de norma legal y, la aplicación del baremo impediría que existiesen indemnizaciones desproporcionadas o desmedidas, lo que indudablemente repercutiría favorablemente en sus resultados. Todo ello conduciría necesariamente a una disminución de las primas de seguro. Así, la aplicación de un baremo objetivo a las indemnizaciones por daño resultante del acto médico daría lugar a un doble efecto: por un lado, mayor seguridad jurídica y tranquilidad para los profesionales médicos y, por otro, solucionar la actual escalada del precio de las primas de las pólizas de responsabilidad médica y el abandono del sector de creciente número de compañías aseguradoras, con el consiguiente problema para los profesionales médicos españoles”.

SIERRA⁴⁶, presidente de la Organización Médica Colegial (OMC), señaló que “la limitación de las indemnizaciones y la normalización de esta situación se considera beneficiosa, no sólo para el profesional sino también para la sociedad, ya que podría llegar un momento en que los médicos no tuvieran la cobertura de responsabilidad civil porque la única compañía que opera en este ramo se retirase. La aplicación obligatoria del baremo aportaría un criterio de racionalidad y seguridad jurídica”. En efecto, “al menos, en teoría, se favorecería la posibilidad de resolver extrajudicialmente las reclamaciones de responsabilidad a través del arbitraje, de la mediación o de la conciliación; y para las aseguradoras, el baremo constituiría el primer paso para invertir la situación actual, de modo que se abriría la competencia del mercado asegurador, se frenarían los incrementos de las primas y se unificaría el valor de la vida o la salud de las personas; además de

⁴⁵ **FERRE, R.** “El baremo objetivo en los daños médicos, una solución para los profesionales y la sociedad”. *Diario Médico*. 11/12/2003. Normativa.

⁴⁶ **SIERRA, G.** “El baremo de daños sanitarios ofrece innegables ventajas para las aseguradoras y para los pacientes”. *Diario Médico*. 10/03/2005. Normativa.

calcular las reservas y el coste del seguro, reducirían la incertidumbre del resultado económico de un ejercicio".

Más escéptico se muestra DE LA TORRE⁴⁷, director de una correduría de seguros sobre la reducción de las indemnizaciones tras la implantación de un baremo, fundamentándose el autor en que pueda conllevar una cierta objetivización de la imputación de responsabilidad consiguiendo un resultado contraproducente.

Por tanto, parece una opinión coincidente entre expertos en Derecho Sanitario en que la regulación por ley de la valoración de daños derivados de actuaciones sanitarias aplicada con un "baremo vinculante", siempre y cuando no exista dolo o imprudencia grave del profesional sanitario, sería extremadamente útil para todos los agentes implicados (entidades sanitarias públicas y privadas, médicos, pacientes y corredurías de seguros) pues la existencia de unos topes indemnizatorios tendría múltiples efectos: aumentaría la seguridad jurídica de la sociedad ya que indefectiblemente se acabaría con la disparidad indemnizatoria de los Tribunales de Justicia existente en la actualidad; aumentarían los acuerdos extrajudiciales entre las partes al conocer de antemano las cantidades a las que quedarían obligados en caso de pleito con lo que disminuirían las denuncias evitándose la pena de banquillo a los médicos, se reduciría la práctica de la medicina defensiva y se acelerarían el cobro de las indemnizaciones para las víctimas; bajarían los precios de las pólizas de seguros ampliándose a su vez el mercado asegurador con los beneficios que ello conlleva para todo tipo de entidades sanitarias y profesionales del sector.

Dado que todo hace pensar que en un futuro no muy lejano se utilizará un baremo para valorar daños sanitarios y que en la actualidad son numerosas las resoluciones judiciales que citan el baremo usado en caso de lesiones por accidentes de tráfico (Ley 34/2003, de 4 de noviembre), es aconsejable que, hasta que no exista baremo de daños médicos, mientras tanto al valorar este tipo de lesiones, en la medida de lo posible, el perito trate de amoldarse las secuelas existentes a las que se encuentran recogidas en el baremo de tráfico.

5.2.5. Valoración de la relación de causalidad.

5.2.5.1. Considerar los criterios clásicos de causalidad.

La cuestión primera y principal que se plantea en una peritación médico-legal en casos de reclamaciones o demandas de los usuarios de la asistencia sanitaria sobre supuestos daños para los sujetos de la misma es la de dilucidar si las secuelas y perjuicios son debidos a una actuación incorrecta de los facultativos que le han asistido, a una actuación del sistema sanitario o si, por el contrario, responden a la evolución y consolidación clínica del propio proceso patológico que el paciente padece. Es lo que O'CALLAGHAN⁴⁸ dice muy gráficamente "*si la causa ha sido la naturaleza o una actuación humana*".

En la prueba de la relación de causalidad es de gran importancia tratar de precisar hasta qué punto ha influido la actuación médica como causa única o bien como determinante, precipitante o agravante del daño y en qué grado. Para ello, hay que

⁴⁷ DE LA TORRE, D. "El futuro baremo de daños sanitarios: ¿reduciría las indemnizaciones?" *Diario Médico*. 04/01/2005. Normativa.

⁴⁸ O'CALLAGHAN, X. "El daño desproporcionado indica que la causa no ha sido la naturaleza sino el acto médico". *Diario Médico*. 12/11/2002. Normativa.

fundarse en los criterios habituales definidores o exigibles para que se considere probado el nexo de causalidad: *topográficos, cronológicos, fisiopatogénicos, clínicos, de continuidad evolutiva, además de verosimilitud, realidad y certeza diagnóstica, amén del criterio de exclusión, que consiste en excluir o anotar otra posible causa del daño sufrido*. En función de la doctrina de la equivalencia de las causas, la exclusión ha de ser total. Y ello es cuestión de gran importancia, ya que será al perito a quien le será formulada la pregunta de si la actuación fue o no una causa eficiente de los daños consiguientes⁴⁹.

Desde nuestro punto de vista resulta fundamental descartar los antecedentes patológicos previos como posible causa del daño, o al menos, determinar en la medida de lo posible en qué grado ha podido influir en la producción del mismo. La patología previa o una posible predisposición genética en el paciente ha sido motivo de absolución en numerosas resoluciones judiciales.

El criterio actual del T.S. sigue las directrices de la Sentencia de 20/5/84, que aplica la teoría de la “causa adecuada” o “imputación objetiva”. Según la doctrina de la citada sentencia hay que establecer que la causa sea adecuada para producir el daño, y no basta con establecer el nexo causal en el sentido de la “conditio”, sino que hay que añadir la relevancia jurídica, pasándose de una causalidad material a una jurídica.

Con gran frecuencia, al no haber controlado el perito las lesiones iniciales y su evolución hasta pasado a veces un largo tiempo, la información que se le transmite puede no ser exacta y debe completarse con el examen e interrogatorio oportuno y por cuantos datos, informes o aportaciones puedan serle de utilidad, todo ello indispensable para establecer conclusiones y fundamentar el informe final. Debe obviarse la ausencia de los partes de asistencias, de bajas o altas, o la emisión de certificados librados secundariamente, y que son tanto menos fiables cuanto mayor haya sido el tiempo transcurrido desde la fecha del traumatismo.

Además de *la actuación médica en sí misma* es necesario tener en cuenta que los daños ocasionados por la asistencia sanitaria pueden ser debidos también a *la actuación del sistema sanitario*. Así, las peculiaridades del trabajo en equipo, la problemática organización de las instituciones sanitarias, la gestión de las listas de espera, así como la utilización de alta tecnología unida a la difícil valoración de las adecuadas dotaciones de medios técnicos, añaden un punto más de dificultad a la hora de la determinación de las posibles responsabilidades en el mundo sanitario actual.

Especial importancia tiene la *valoración del nexo causal* en la vía contencioso-administrativa ya que determinará si el daño es debido a la evolución normal de la patología, a una actuación negligente del médico o al funcionamiento normal o anormal del servicio sanitario.

5.2.5.2. Descartar la existencia de fuerza mayor.

En el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa es decisivo definirse sobre el supuesto de *fuerza mayor* como causa de exclusión de la responsabilidad,

⁴⁹ LACHICA LÓPEZ, E. “El daño psíquico en el delito de lesiones. Aspectos médicos.” *Cuadernos de Medicina Forense*, núm 9, 1997, pp. 47-60.

especialmente en el ámbito de la prestación y el tratamiento sanitario. El criterio que rige en la actualidad es el de que *hay fuerza mayor cuando, aunque se hubiera previsto el riesgo, éste habría sido inevitable*, unido ello al carácter de causa extraña al margen o fuera de la empresa o servicio y de los acontecimientos que deben preverse en el curso normal de la actividad. Siguiendo esta tesis el T. S., en su sentencia de 5 de junio de 1991 distingue entre los daños derivados de la propia enfermedad, y aquellos que se generan como consecuencia del tratamiento, y dentro de éstos últimos vuelve a distinguir entre aquellos que son inherentes al propio tratamiento y que se producen de modo necesario, de aquellos otros que la actividad terapéutica produce cuando no se ha aplicado el tratamiento correcto. GORNEY⁵⁰ define el «riesgo inherente» como aquel resultado desfavorable que ambos, médico y paciente, reconocen y aceptan de antemano como posibilidad, frente a la «complicación», que es aquel resultado desfavorable que sorprende a ambos, ya que ni el médico ni el paciente lo esperaba.

5.2.6. Emisión de conclusiones médico-legales.

Deben reunir las características generales de las conclusiones de los informes periciales, y deben hacer alusión a las cuestiones específicamente analizadas:

1º) Adecuación o no de la conducta médica analizada con la *lex artis ad hoc* y/o con el deber objetivo de cuidado, especificando en su caso el motivo (aconsejando incidir en posible falta de cuidados, error diagnóstico o terapéutico, existencia de riesgo operatorio o típico, ausencia de consentimiento informado, etc).

2º) Valoración del daño o perjuicio ocasionado, refiriendo las discapacidades que ocasiona, bien de modo empírico o con la utilización analógica de baremos. Es aconsejable, desde nuestro punto de vista, reflejar en su caso la existencia de daño desproporcionado.

3º) Existe o no relación de causalidad entre la conducta médica analizada y el daño o perjuicio ocasionado, valorando en su caso la presencia de fuerza mayor. Considerar siempre el estado patológico previo del lesionado u otras concausas que hayan podido influir en el resultado final valorando, con las dificultades que ello conlleva, su grado de influencia.

Finalmente nos parecen interesantísimas las manifestaciones de LLUIS BORRAS, psiquiatra forense, en un reciente curso de peritaje médico organizado por la Universidad de Barcelona (29/07/03): *“El informe pericial debe ser claro y aportar conclusiones que permitan al juez condenar o absolver. El perito se ha de mojar, comprometiéndose en un sentido u otro, con la previa utilización de métodos científicos claros y determinantes. La función pericial se resume en esto y no es una función investigadora”*.

Entendemos que la labor del perito es auxiliar en el mayor grado posible a los Tribunales de Justicia por lo que debe dejar atrás divagaciones o explicaciones confusas destinadas a no entrar de lleno en el objeto de la pericia, y correspondiendo a los valores de objetividad y neutralidad que constantemente deben estar presentes en los peritos,

⁵⁰ GORNEY, M. “Una onza de prevención vale más que un kilo de arrepentimiento”. Cirugía Plástica Ibero-Latinoamericana, nº extra XXIII, 1997, pp. 444.

[Escribir texto]

por muy comprometida que sea en ocasiones esta labor, siempre debe exponer ante ellos conclusiones que realmente sean útiles para la resolución final del procedimiento.