

Los magistrados, sus sentencias y la 'Justicia'

Asistimos días atrás a los últimos retazos de una debacle político-legislativa caracterizada por la aprobación de multitud de leyes y disposiciones que, en busca de la necesaria recuperación económica, pegan de nuevo en la primera línea de flotación de derechos de los ciudadanos aquilataados con el tiempo.

La situación se produce también en la esfera judicial, en la que se avecinan nuevos recortes en las garantías de defensa y tutela judicial con la aprobación parlamentaria, el pasado 22 de septiembre, de medidas con un pretendido afán de agilización de la 'Justicia'.

Éstas encuentran su justificación en el endémico colapso judicial, pero lejos de proyectar una mayor dotación de recursos, establecen nuevos límites restrictivos de las posibilidades de recurso por los ciudadanos. Se alivia, eso sí, la carga de trabajo de los tribunales ordinarios convirtiendo la 'agilización' en un nuevo eufemismo legal.

En el plano doctrinal, la línea trazada últimamente por el Tribunal Supremo, consciente del atasco judicial, pone también su granito de arena en pro de la 'agilización' recortando aún más las posibilidades de defensa con nuevos argumentos jurídicos, no exentos de polémica, y que abren nuevas incógnitas en torno al concepto de Justicia material.

En el ámbito sanitario, el cerco a las reclamaciones por daños emprendido por algunos magistrados del Supremo se estrecha cada vez más debido a cierta corriente doctrinal, rápidamente extendida por tribunales de inferior rango.

Restricción judicial

La restricción judicial se debe al avance de varios fenómenos doctrinales de corte civilista, entre los que destaca, de forma predominante, la ascensión del criterio culpabilista que, aplicado en su forma más rígida – la obligación de acreditar en todo caso la culpa del agente causante-, deja en el limbo jurídico multitud de reclamaciones por daños objetivos.

La senda doctrinal abierta por el alto tribunal, en la

que no sólo la Sala Civil es principal protagonista, se construye además sobre criterios revulsivos de cánones clásicos de la doctrina sobre responsabilidad sanitaria, más abierta a la aplicación de distintos parámetros de valoración jurídica del daño injusto y objetivo según las circunstancias del caso.

Entre los fenómenos doctrinales de nueva generación cabe destacar, de forma sintética, y sin mayor pretensión que la de abrir elementos de debate para una reflexión crítica, los siguientes:

- El abandono de la responsabilidad objetiva,
- La desaparición del daño desproporcionado como criterio de imputación –especialmente en la anestesia-,
- La renuncia de lo Civil a aplicar la legislación de consumidores a los daños sanitarios,
- La aplicación ya residual de la obligación de resultado en la medicina satisfactiva o estética, y, como consecuencia, la equiparación de ésta con la curativa en cuanto a obligación sólo de medios y no de resultado.
- La extinción de la responsabilidad por riesgo.

La rigidez en la aplicación unidireccional de estos postulados contrasta, sin embargo, con la laxitud interpretativa de esta misma corriente doctrinal en torno a otra cuestión peculiar: la cumplimentación del consentimiento informado. Aunque obligatorio en su forma escrita en intervenciones quirúrgicas o que puedan suponer un riesgo evidente para la salud, tal y como define con claridad la Ley 41/2002, alguna sentencia del Supremo sostiene que la regla general es la forma oral, y ello a pesar de la gran dificultad probatoria que tiene esta cuestión.

Abandono del daño desproporcionado

En su huida de la doctrina del riesgo magistrados ilustres de la Sala Civil del Supremo apoyaron la tendencia doctrinal restrictiva en la reciente presentación

en Madrid del libro 'Responsabilidad Civil Médica' (3ª Edición), una prestigiosa y concienzuda obra que ha revisado y ampliado el experto en Derecho Sanitario Julio César Galán Cortés que incluye las tendencias doctrinales recientes (ver recensión en *ADS nº 184 / Julio – Agosto 2011*).

La intervención de algunos magistrados al evento me dejó ciertamente perplejo, no tanto por la defensa a ultranza del criterio culpabilista como por la forma en que se aproximaban al problema de la responsabilidad médica.

La doctrina culpabilista

Convencidos del uso indebido o abusivo de los tribunales –no sin cierta razón-, introducían su exposición citando una serie de demandas espectaculares o ridículas sobre daños en bienes de consumo que nada tenía que ver con el ámbito sanitario, con una perspectiva que denotaba una carencia de sensibilidad hacia el daño y sufrimiento de pacientes y familiares que pasan por el difícil trance de un siniestro médico en circunstancias que con frecuencia hacen imposible que ellos puedan haber conocido lo realmente sucedido.

Al margen de este apunte, que no debiera superar la categoría de anécdota, los magistrados acentuaban la necesidad de unidad doctrinal en torno a la doctrina culpabilista en pro de la seguridad jurídica, pero, y lanzo ahora algunos interrogantes: ¿Seguridad jurídica...? ¿Para quién? ¿Para los profesionales? ¿Para los titulares de servicios sanitarios? ¿Para los seguros qui-zás?

Con los beneficios que ello pueda tener para la seguridad jurídica de los profesionales sanitarios –que ninguno sea injustamente condenado-, la nueva orientación doctrinal produce algún efecto adverso no deseado por quien padece, el menos, un doble sufrimiento: el asociado al daño sanitario en sí mismo, y el de la desazón o angustia por la frustración de expectativas después de afrontar un costoso, traumatizante y largo procedimiento judicial.

Como mero observador y para ubicar esta cuestión en su devenir actual, me limitaré a realizar un breve bosquejo del contorno de la responsabilidad sanitaria, y su evolución desde que ilustres magistrados del Supremo apuntalaran las bases del Derecho Sanitario

de daños. Un reflejo llamativamente preocupante de la extensión de la doctrina culpabilista es, como decía antes, que se ha instalado no sólo en su sede o jurisdicción natural –la Sala Civil del Supremo-, donde puede tener su justificación, sino también en una jurisdicción ajena, la de lo Contencioso-Administrativo, en la que el principio de responsabilidad objetiva era aplicable y permitía indemnizar el daño injusto, sin necesidad de cargar al paciente con la prueba diabólica de la culpa.

Al tiempo, el criterio de objetivación permitía, con limitaciones jurídicas en cuanto a la disolución de culpas y la asignación de una indemnización menor, satisfacer una reclamación justa apartando al profesional de la angustiada 'pena de banquillo'.

Punto de inflexión

El camino restrictivo hacia presupuestos de culpa subjetiva comenzó a gestarse hace pocos años, coincidiendo casualmente con la desaparición o jubilación de magistrados del Supremo que configuraron el corpus doctrinal básico del Derecho Sanitario en España –Ruiz Vadillo, Martínez-Pereda, Alvarez-Cienfuegos, Almagro Nosete, entre otros ilustres juristas-.

La doctrina clásica no era uniforme, sino abierta, con sentencias dictadas 'ad casum' en las que de forma certera definían el campo de la responsabilidad sanitaria. En su construcción doctrinal predominaban ciertos valores, unos estrictamente jurídicos, otros no tanto, dando sentido a la 'Justicia material' –cuando procedía- como valor real y no como ente abstracto o intelectual, determinando qué hechos son indemnizables y cuáles no.

La humanidad o sensibilidad hacia el sufrimiento ajeno se hacía notar incluso en alguna sentencia, de tal forma que, ante la complejidad o dificultad de determinar la culpa podía aplicarse, y se aplicaba, una solución indemnizatoria ante la evidencia palmaria de un daño injusto.

La huida hacia la subjetivación

La huida hacia la aplicación de presupuestos de culpa subjetiva, en que es necesario probar no sólo una relación directa de causa a efecto entre la asistencia sanitaria y el daño producido, sino acreditar la culpa del agente causal, se consolida como la nueva

tendencia doctrinal no sólo en el Tribunal Supremo, sino por extensión en los tribunales inferiores.

La subjetivación de la culpa es, por tanto, la tónica general imperante tanto en lo civil como en lo contencioso. Cualquiera podría decir, no sin excepciones, que la consolidación de esta doctrina es la salida natural de una jurisdicción, la civil, en la que el factor de culpabilidad es una regla general de aplicación casi necesaria para fijar el grado de responsabilidad de los distintos implicados.

Pero sorprende, por inaudita, que la nueva doctrina arribe en la Sala de lo Contencioso del alto tribunal, una jurisdicción en la que la demanda no busca dilucidar la culpa profesional porque no se dirige contra personas físicas, sino contra la Administración titular del servicio sanitario.

El abandono de los postulados clásicos de la responsabilidad objetiva —favorable a indemnizar el perjuicio una vez probada la causalidad del servicio sanitario sin necesidad de acreditar la culpa del causante, con la excepción legal del deber jurídico de tener que soportar el daño—, no resuelve el problema.

Tampoco lo resuelve la renuncia a aplicar la doctrina del daño desproporcionado como criterio objetivo de imputación, una solución jurídica que, sensible a la producción de daños espeluznantes y ante la imposibilidad de reparación física o material, sólo puede otorgar una compensación económica.

El sangrante caso Meño

Aquí está el sangrante caso Meño, con un largo calvario judicial —el paciente lleva más de veinte años en coma vegetativo desde la producción de los hechos— en el que la indemnización pendía del hilo del recurso de revisión ante el Supremo. Curiosamente, el seguro ha pactado finalmente sin necesidad de que se revisaran de nuevo las actuaciones como exigía la última resolución del alto tribunal.

El caso Meño es un exponente máximo y providencial del Derecho Médico en los últimos años que requiere una reflexión profunda sobre su fundamento y la gran dificultad probatoria de lo que ocurre en el quirófano, ¿O es que alguien piensa todavía que los pacientes pueden acreditar lo acontecido bajo el estado de la anestesia?

La revisión de este caso por el Supremo, algo verdaderamente excepcional, revela, por una parte, que la 'Justicia' ha permanecido insensible durante los veinte años del largo proceso judicial ante el clamor evidente de un daño escandaloso y desproporcionado. Desvela, por otra, la fragilidad de la doctrina jurídica sobre subjetivación de la culpa en anestesiología, que en últimas sentencias se expresa en los siguientes términos:

- El daño anestésico es un riesgo que, por típico y conocido, el paciente debe soportar jurídicamente.

- No puede existir daño desproporcionado, por más que en la práctica lo parezca, cuando hay una causa que explica el resultado.

- El acto anestésico es por sí mismo generador de riesgo para la salud y la integridad física del paciente, ajeno a la previa dolencia originadora de la intervención del paciente.

- La doctrina sobre daño desproporcionado no presume la culpa, sino que podría evidenciar en principio falta de medidas de diligencia, prevención o precaución, "sólo susceptible de ser refutada por parte de quien tiene en sus manos el dominio de la actividad (...)".

- Sólo es exigible —al médico—, una justificación "coherente" acerca del por qué de la notoria discordancia entre el riesgo inicial que implicaba la actividad y la consecuencia finalmente producida.

Fragilidad jurídica

La debilidad de esta doctrina se hace patente en el Caso Meño, aunque también podría extenderse a otros no relacionados con la anestesia en los que los riesgos quirúrgicos y no estrictamente quirúrgicos siempre están presentes.

Y se hace patente, a mi modo de ver, por las siguientes razones:

- El daño anestésico, en el caso Meño: no es que lo parezca, es que es más que evidente que se trata de un daño desproporcionado, aunque algunos magistrados no lo quieran ver.

- El equipo médico que intervino a Meño

refutó la acusación, de forma ‘coherente’, aunque sólo aparentemente, pues como se ha visto después en la revisión del caso por el Supremo pudo maquinarse fraudulentamente la prueba en pro de su inocencia.

Como puede observarse, la ‘explicación coherente’ de lo ocurrido –no sólo en el Caso Meño, también en otros recogidos en sentencias del Supremo– se transfigura de facto y sin rigor probatorio alguno en beneficio procesal de una sola parte, de perfil endeble y muy arriesgada aplicación.

La presunción de certeza o veracidad se inclina judicialmente en favor de quien tiene el dominio de la actividad. Y el único hecho cierto y probado, el del coma vegetativo, lo dejan Sus Señorías en el ámbito de la conjetura jurídica al negar la condición del daño desproporcionado. El paciente no tiene por qué entenderlo, dice algún jurista, ya que se le supone un profano de la ciencia jurídica.

Criterio insólito

Dicen los impulsores de esta doctrina insólita que el coma vegetativo en la anestesia es un daño ‘típico’ y conocido por el paciente y que, por ello, jurídicamente, debe soportarlo. Sostener esto implica, a mi modo de ver, que ningún daño sanitario es indemnizable porque todo acto médico entraña riesgos de una u otra naturaleza, y todos somos conscientes de ello.

Insisto, me parece urgente y necesaria una profunda reflexión en torno a esta cuestión porque en algunas reclamaciones, especialmente en la medicina estética y en el caso Meño, se produce la siguiente situación: el paciente entra por su propio pie en el quirófano en buen estado de salud, pero sale de éste en coma vegetativo. El paciente –y su familia– soporta el sufrimiento y el gravísimo daño de por vida: ¿Qué más quieren Sus Señorías? ¿Qué lo asuma el paciente en solitario? ¿Debe sufrir también la carga económica de tan tétrica situación? ¿Qué papel juega aquí el aseguramiento?

Contraste paradigmático

Valga exponer, como claro ejemplo de contraste, por paradigmático, que un supuesto muy similar al de Meño referido a una septoplastia –corrección de una desviación del tabique nasal–, con resultado fatal

por la anestesia, recibió una solución contraria en el mismísimo Tribunal Supremo, indemnizando el fallecimiento bajo el concepto jurídico de “daño desproporcionado”.

El Supremo aplicó en aquella ocasión y de forma diametralmente opuesta a la del caso Meño los criterios de la culpa virtual o aparente de la doctrina anglosajona con base en el criterio de responsabilidad objetiva (Tribunal Supremo, Sala Civil, sentencia del 23 de mayo del 2007, ponente Vicente Montes Penades). ¿Qué ha cambiado desde entonces?

La Sentencia de Primera instancia daba “por probado en escasa medida cierta culpa objetiva civil del Hospital demandado”, que se encontraría “no tanto en méritos de la concurrencia de los requisitos de la jurisprudencia exegética del artículo 1902 CC ...sino la más objetiva...del artículo 1903.4, in fine, del Código civil, conforme al concordante 1104 del Código civil, siquiere por analogía...”. A lo que añade la doctrina “de la culpa virtual” y de la “circunstancia evidente”, citando al efecto varias decisiones de esta Sala, como las *Sentencias de 16 de diciembre de 1987, 12 de julio de 1988, 2 de junio de 1989, 20 de junio de 1994, etc.*

La doctrina clásica del daño exagerado

El Supremo mantiene aquí que “no se explica cómo un paciente al que se le va a practicar una sencilla operación de corrección del tabique nasal entra en coma, por efecto de la intervención, o por alguna incidencia que se produce en ella, hasta fallecer días después. No hay, en efecto una prueba de la negligencia con que pueden haber actuado los profesionales, aunque, obsérvese, en el caso la relación de causalidad entre la intervención quirúrgica y el resultado dañoso es indudable (...)”.

Y expone, en apoyo de la doctrina sobre daño desproporcionado, lo siguiente:

“No hay, a lo que parece, una prueba de la negligencia o de la impericia de los profesionales que han actuado, ni se da la constatación de una carencia de medios significativa, pero la respuesta, en Derecho, al desastroso resultado de una sencilla operación quirúrgica no se obtiene al señalar que la operación “finalizó con éxito”. No puede calificarse de este modo una intervención en la que se produjo hipoxia y que determinó el coma profundo. Por eso acude, con acierto, el

Juzgado de primera instancia a la doctrina del “daño desproporcionado”, a la que se han referido múltiples decisiones de esta Sala (*Sentencias de 17 de julio de 1989, 12 de febrero de 1990, 15 y 23 de febrero de 1993, 6 de julio de 1995, 2 de diciembre de 1996, 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1999, 19 de febrero, 23 de junio, 9 y 21 de diciembre de 1999, 31 de julio de 2002, 31 de enero de 2003, etc.*) hasta en las decisiones más recientes (*26 de junio de 2006, 20 de abril de 2007, RC 1667/2000, entre otras*). Esta doctrina, como ha dicho la última de las sentencias citadas, adapta la tesis de la “*faute virtuelle*” de la jurisprudencia francesa y la doctrina de la “prueba aparente” de la jurisprudencia alemana, o la técnica anglosajona de la evidencia que crea o hace surgir una deducción de negligencia, pues se presenta un resultado dañoso, generado en la esfera de acción del demandado, no en la de la víctima (...).”

La desviación doctrinal, contradictoria, deja una puerta abierta a la inseguridad jurídica ante supuestos de hecho idénticos, o de gran similitud fáctica. Y muchos se preguntarán:

- ¿Cuáles son los efectos de la nueva doctrina?
- ¿Era equivocada la anterior?
- ¿Es acertada la nueva?
- ¿No es la medicina una profesión asegurada por el riesgo de su actividad?

¿Por qué se abandona la doctrina de la responsabilidad por riesgo?

La pérdida de oportunidad


Por otra parte, la aplicación del principio de la pérdida de oportunidad intenta suplir en alguna medida el abandono de la responsabilidad objetiva, de forma más acorde con la exigencia jurídica de probar que el daño no se habría producido de aplicarse una actuación terapéutica con mayores probabilidades de éxito, o con un umbral de riesgo menor. Tiene como beneficio una mayor facilidad probatoria, pero el inconveniente de una indemnización más limitada al basarse no tanto en la pérdida de un ser querido, el daño material o la integridad física como en la frustración de mejores expectativas de curación para el paciente.

Con todo, la situación es de tal complejidad que requiere una apremiante reflexión por la inquietud social y jurídica que genera, y la inaplazable adopción de una solución que superando la falta de respuesta judicial, contemple el resarcimiento sin demoras injustificables que agravan aún más el daño infligido –la Justicia, si lenta, no es Justicia-. Los mecanismos de solución extrajudicial en los países de nuestro entorno funcionan, y un Estado avanzado como el nuestro no puede dejar esta cuestión para el sueño de los justos.

Iñigo Barreda

Otros documentos de interés en ADS:

- ADS nº 183 / junio 2011, pág. 426. *La responsabilidad civil por infección nosocomial, artículo de Cristina Gil Membrado.*
- ADS nº 182 / mayo 2011, pág. 357. *Anestesia / Otra sentencia del Supremo deja en el limbo jurídico el daño desproporcionado.*
- ADS nº 178 / enero 2011, pág. 78. *Cirugía estética / El Supremo descarta la obligación de resultado salvo que se pacte.*
- ADS nº 177 / dic. 2010, pág. 959. *TsjCyL: El consentimiento verbal no es aplicable a intervenciones quirúrgicas (daño desproporcionado).*
- ADS nº 176 / noviembre 2010, pág. 834. *La revisión del ‘Caso Meño’ rescata el debate de la responsabilidad por daño desproporcionado.*
- ADS nº 168 / febrero 2010, pág. 129. *La imposibilidad de intubar presume un preoperatorio o una técnica deficientes.*
- ADS nº 168 / febrero 2010, pág. 139. *El Supremo dice que el contagio nosocomial no es un supuesto de responsabilidad objetiva.*
- ADS nº 166 / diciembre 2009, pág. 929. *Absolución de anestesista que se ausentó del hospital dejando a la paciente en el despertar.*
- ADS nº 161 / junio 2009, pág. 441. *Absolución de Insalud, cirujano y anestesista en tetraplejía posterior a artrodesis.*
- ADS nº 160 / mayo 2009, pág. 387. *Daño desproporcionado por perforación de colon en una prueba diagnóstica.*
- ADS nº 158 / marzo 2009, pág. 210. *La ausencia del anestesista tras analgesia epidural no es mala praxis (si hay matrona).*
- ADS nº 156 / enero 2009. *Anestesia: el daño desproporcionado no es prueba suficiente de culpa médica.*
- ADS nº 156 / enero 2009. *Anestesia: el daño desproporcionado presume la culpa del hospital si no prueba su diligencia.*
- ADS nº 156 / enero 2009, pág. 16. *Anestesia: el daño desproporcionado no es prueba de culpa médica (cirugía estética nariz).*
- ADS nº 148 / abril 2008, pág. 324. *Daño desproporcionado: el shock anestésico tras amigdalectomía no prueba la negligencia.*
- ADS nº 148 / abril 2008, pág. 335. *Cirugía estética: condena a médico, seguro y clínica por perjuicios estéticos graves (rinoplastia).*
- ADS nº 144 / diciembre 2007, pág. 950. *El incidente anestésico culpa a la clínica por falta de medios y absuelve a los facultativos.*
- ADS nº 142 / octubre 2007, pág. 801. *Anestesia / Condena por perforación de carótida en cateterismo con consentimiento.*
- ADS nº 141 / sep. 2007, pág. 700. *Estética: el cumplimiento exhaustivo de protocolos e información absuelven al cirujano (rinoplastia).*
- ADS nº 138 / mayo 2007, pág. 391. *La falta de pericia al cambiar la cánula de traqueotomía es infracción de la lex artis.*
- ADS nº 138 / mayo 2007, pág. 376. *Laminectomía: culpa médica virtual por daño desproporcionado.*
- ADS nº 126 / abril 2006, pág. 292. *El Supremo condena por infección en el postoperatorio (daño desproporcionado).*
- ADS nº 56 / diciembre 1999, pág. 714. *Culpa virtual del Insalud por daño desproporcionado tras colecistectomía.*
- ADS nº 38 / abril 1998, pág. 171. *La culpa médica se presume ante daño desproporcionado (alargamiento de piernas, lesión ciático).*
- ADS nº 21 / octubre 1996, pág. 636. *El daño siempre es indemnizable, aunque sea imprevisible y la atención correcta (escoliosis).*
- ADS nº 1 / enero 1995. *Consideraciones en torno a la responsabilidad civil del médico anestesista. Julio César Galán Cortés.*

 Otros documentos de interés. RUIZ VADILLO, ENRIQUE, *La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la Medicina, Actualidad Penal*, núm. 27, 1994.