

# DERECHO DE DAÑOS



## Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria

Domingo Bello Janeiro  
(Coordinador)

Domingo Bello Janeiro  
Miguel Ángel Cadenas Sobreira  
José Antonio Cobacho Gómez  
Jacinto Gil Rodríguez

Carlos Rogel Vide  
José Manuel Romay Beccaría  
José Luis Seoane Spiegelberg

PRÓLOGO DE:  
Domingo Bello Janeiro  
Catedrático de Derecho Civil  
Académico de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación



# COLECCIÓN DE DERECHO DE DAÑOS

## TÍTULOS PUBLICADOS

**La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito educativo,** *Beatriz Díaz Madrera* (2007).

**La responsabilidad derivada de los daños producidos por la biotecnología,** *Ramón Herrera de las Heras* (2007).

**Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria,** *Domingo Bello Janeiro* (2009).

**Cuestiones actuales de responsabilidad civil,** *Domingo Bello Janeiro* (coord.) (2009).

**Los riesgos del desarrollo en una visión comparada. Derecho argentino y Derecho español,** *Lidia M. Garrido Cordobera y José Manuel Busto Lago* (2010).

**Las nuevas tendencias jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil del empresario,** *Laura Gázquez Serrano* (2012).

**Régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria,** *Domingo Bello Janeiro* (coord.) (2013).

**COLECCIÓN DE DERECHO DE DAÑOS**

Director: **DOMINGO BELLO JANEIRO**

Catedrático de Derecho Civil

Universidad de A Coruña

# **RÉGIMEN JURÍDICO DE LA RESPONSABILIDAD SANITARIA**

**Domingo Bello Janeiro**

(Coordinador)

Domingo Bello Janeiro  
Miguel Ángel Cadenas Sobreira  
José Antonio Cobacho Gómez  
Jacinto Gil Rodríguez

Carlos Rogel Vide  
José Manuel Romay Beccaría  
José Luis Seoane Spiegelberg

Prólogo de

**Domingo Bello Janeiro**

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Coruña

Académico de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación



Madrid, 2013

© Editorial Reus, S. A.  
Fernández de los Ríos, 31 – 28015 Madrid  
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
E-mail: reus@editorialreus.es  
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2013)  
ISBN: 978-84-290-1722-9  
Depósito Legal: M 1467-2013  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.  
Ctra. Castellón, Km. 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

## PRÓLOGO

El libro que tengo el honor de presentar al amable lector, dentro de la colección, que mucho me honro en dirigir, de la editorial Reus sobre Derecho de Daños se corresponde con el estudio, desde una perspectiva múltiple, de algunas de las cuestiones de mayor relevancia práctica en el ámbito del régimen jurídico de la responsabilidad sanitaria a cargo de prestigiosos especialistas de la materia pertenecientes a diversas Universidades españolas así como a la participación de profesores asociados de la Universidad de La Coruña con altas responsabilidades jurisdiccionales como los presidentes del Tribunal Superior de Justicia de Galicia y de la Audiencia Provincial herculina, contando también con la muy apreciada colaboración del Presidente del Consejo de Estado que tuvo altas responsabilidades en sanidad, como consejero de la Xunta de Galicia y Ministro, todos ellos participantes en el Curso de Verano de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo en julio de 2011 que tuve el honor de dirigir.

La responsabilidad civil, administrativa y penal médico sanitaria es un tema de indudable actualidad que preocupa tanto a juristas como a profesionales de la medicina puesto que las negligencias médicas suponen cada año multitud de contiendas a dirimir en los juzgados, lo que arrastra a una «judicialización» de la Sanidad, que conduce a los facultativos a practicar una medicina defensiva, por lo que consideramos necesario profundizar en la formación del médico en los aspectos legales y mejorar la comunicación entre médico y paciente, ya que la mayor parte de reclamaciones se deben a la falta de información o a vicios en el consentimiento informado.

La finalidad de este libro, al igual que en el curso del que trae causa, es profundizar en el Régimen Jurídico de la Responsabilidad Sanitaria, con el estudio de las diversas materias que se ven implicadas en la misma puesto que no olvidamos que cuando se produce una negligencia médica, son distintas las jurisdicciones implicadas y las responsabilidades que se pueden generar, por todo lo cual a continuación se llevará un análisis detallado de la doctrina del Tribunal Constitucional, de la jurisprudencia de todas las

Salas del Tribunal Supremo, así como de los criterios y decisiones de las Audiencias Provinciales con el principal objetivo de formación de tratar de conocer en profundidad, desde un punto de vista teórico-práctico, todo el sistema jurídico que regula la responsabilidad civil sanitaria, para lo cual nos ha parecido muy oportuno comenzar previamente al estudio del derecho positivo y su repercusión práctica con una primera aproximación genérica de mayor alcance.

Comienza la obra precisamente con el texto sobre *Derecho, ética y política*, a cargo de quien fue Consejero de la Xunta de Galicia y Ministro de Sanidad y actualmente es el Presidente del Consejo de Estado, José Manuel Romay Beccaría, que, con el rigor que le caracteriza, comienza por establecer con toda claridad la diferencia entre Moral y Derecho como dos puntos de vista sobre la conducta humana, lógicamente distintos, afectando el primero al acto en cuanto exteriorizado, y la segunda al elemento interiorizado del mismo de modo que el primero versa sobre el acto en cuanto lo pone en relación con los actos de otros sujetos, y la segunda en cuanto lo refiere a la misma unidad del sujeto tras lo que añade que el primero implica en su propia estructura normativa la aplicación de sanciones, y éstas son, en la segunda, un añadido extrínseco para concluir en esta primera aproximación que hace el ilustre jurista con que comienza este libro con la constatación de que el Derecho se ciñe al fin temporal del hombre y del Estado, mientras que la Moral tiende a su santificación.

A continuación destaca Romay, siguiendo a Berlin, la valentía intelectual de Vico, puesto que era una empresa muy temeraria atacar la antigua concepción de la ley natural entendida como universal, absoluta y objetiva; un conjunto de verdades eternas a cuya luz Europa había vivido durante dos milenios, de suerte que, según Vico, lo correcto y lo incorrecto, la propiedad y la justicia, la igualdad y la libertad, las relaciones entre el amo y el siervo, la autoridad y el castigo, son nociones que van evolucionando en cada una de las fases sucesivas, entre las que habrá un cierto parecido familiar, pero ese parecido esquematizado no nos permite hablar de un rostro sin rasgos distintivos que sería el rostro eterno de la humanidad.

Seguidamente cita a Sartori, según el cual el grado de elasticidad de la tolerancia se puede establecer con tres criterios. El primer criterio es que la «tolerancia prohíbe el dogmatismo», por lo que no se puedan aceptar los fundamentalismos, mientras que el segundo implica el «principio de no hacer el mal», de no dañar, por lo que no estamos obligados a tolerar comportamientos que nos inflijan daño o perjuicio, mientras que el tercer

criterio es «la reciprocidad» dado que al ser tolerantes con los demás esperamos, a nuestra vez, ser tolerados por ellos.

Señala el actual presidente del Consejo de Estado cómo la cultura política general de la Europa contemporánea, incluidos sectores laicos moderados, según nos dice el Cardenal Rouco Varela, ha expresado en los últimos tiempos preocupación por encontrarle al Estado libre y democrático de derecho, pronto y sin dilación, una base «prepolítica, moral», común y aceptable tanto para el pensamiento cristiano como para una cosmovisión laica.

La disposición a la superación del positivismo sociopolítico y jurídico de corte relativista con la finalidad de asegurar con esperanza de éxito el futuro de la forma de comunidad política, libre, solidaria, justa y democrática, inspirada y sostenida por los grandes valores de la mejor tradición humanística, espiritual y ética de Europa, se hace cada vez más manifiesta y siguiendo a Ortega recuerda el presidente del Consejo de Estado que acaso sea lícito a los individuos permitirse pasajeras abstracciones de los problemas nacionales. El francés, el inglés, el alemán (de los años veinte en que escribía Ortega) viven en medio de un ambiente social constituido mientras que el español que pretenda huir de las preocupaciones nacionales será hecho prisionero de ellas diez veces al día y acabará por comprender que para un hombre nacido entre el Bidasoa y Gibraltar es España el problema primero, plenario y perentorio.

Este problema es, a juicio de Romay, el de transformar la realidad social circundante, llamando política al instrumento para producir esa transformación puesto que el español necesita, pues, ser antes que nada, político. Ortega tiene también una concepción ética de los fines de la política que puede significar dos cosas: arte de gobernar o arte de conseguir el Gobierno y conservarlo. Pensar qué ley es la más discreta en cada caso y pensar qué medio habría para hacer que esa ley llegue a convertirse en ley escrita y vigente, son cuestiones muy distintas, pero es menester repetir a toda hora que es un acto inmoral convertirse en conquistador del poder sin crearse previamente un ideal gubernativo.

Concluye José Manuel Romay que Ortega no escinde política y ética. Para Ortega hay, en efecto, una ética universal, general, válida para cualquier actividad humana afirmando que dentro de esa ética general hay regiones (virtudes pequeñas y virtudes superiores) y que el político, dada su personalidad creadora, activista, tienda a cumplir con las virtudes superiores y ello lo arrastra a no cumplir con las menores por lo que llama a aceptar resignadamente esa situación, pero no afirma la imposibilidad de que se pueda cumplir con ambas virtudes, con lo cual concluyo el

breve resumen del interesante escrito que encontrarán a continuación en el comienzo de este libro y que sirve de preliminar al estudio concreto de las cuestiones atinentes a la responsabilidad sanitaria.

En efecto, a continuación en el texto a cargo del profesor Rogel Vide, catedrático de derecho civil en la Universidad Complutense de Madrid, referido a los *tipos de daños determinantes de responsabilidad médica*, ya se trata de la aproximación al concepto de daños, indemnizables e injustos, analizando con todo detalle la culpa y relación de causalidad, así como el consentimiento informado y antijuridicidad y, por supuesto, las clases de daños, los punitivos y los derivados de cirugía estética y de la muerte, para concluir con el estado de coma.

Señala el profesor Rogel Vide cómo en clave de responsabilidad médica, se dice, incluso por el Tribunal Supremo, que la responsabilidad objetiva —que trasciende la culpa, como criterio determinante de la responsabilidad— no encuentra acomodo alguno, que la culpa se requiere y ha de ser probada por la pretendida víctima que la afirma, al igual que ha de probarse la relación de causalidad entre la acción u omisión culposa y el daño experimentado, lo cual se ha cuestionado, paliado si se quiere, respecto de diversos daños, en diferentes ocasiones y de distintas maneras, que pone de relieve con todo detalle, llamando la atención sobre el hecho de que, los paliativos dichos, no solo son asumidos por la doctrina más moderna, sino también por algunas últimas sentencias del referido Tribunal Supremo.

Explica el profesor Rogel cómo el consentimiento informado se requiere, con mayor razón, en el caso de medidas, o tratamientos médicos, de carácter experimental, siempre que la experimentación terapéutica se admita como válida, así como también se exige previa información minuciosa y exhaustiva, en los casos de cirugía plástica o de tratamientos —como los de adelgazamiento— prestados a personas sanas.

Con toda razón considera que aun prestado el consentimiento requerido, el médico, con fundamento en la *lex artis ad hoc*, decidirá, bajo su exclusiva responsabilidad, si, en el caso concreto, ha de intervenir o no, y, si interviene, ha de hacerlo conforme a las reglas impuestas por la ciencia médica, incurriendo, en caso de negligencia, en responsabilidad, de la que no puede librarse escudándose en un previo consentimiento.

A continuación se refiere a los daños punitivos como los supuestos en que la indemnización supera —con creces incluso—, el montante del daño efectivamente producido, implicando, ésta, una especie de pena impuesta por la causación de un daño particularmente injusto y criticable, que es una categoría propia de la jurisprudencia estadounidense, no siéndolo de



la jurisprudencia ni de la doctrina patrias, por entender, una y otra, que las penas son propias del Derecho penal, que no del Civil.

Agudamente concluye que las operaciones de cirugía estética, conllevan obligaciones de medio y no de resultado, porque el resultado depende, en buena medida, del azar o de circunstancias ajenas al cirujano señalando las complicaciones imprevisibles, puntos de sutura dados con materiales en mal estado ignorado, infecciones, intolerancia a la anestesia, paros cardíacos, dificultades para que la herida cicatrice y tantos y tantos imponderables más, que el médico, por diligente que sea, no puede prevenir ni evitar.

Puntualiza atinadamente el profesor Rogel que aun siendo también las operaciones estéticas siempre obligaciones de medio, ello no impide que el médico garantice, al paciente, una reparación, en el caso de que la operación fracase, lo que distingue de una indemnización, añadiendo que, en estos casos, la diligencia exigible puede ser mayor y jugar, más rotundamente, expedientes jurisprudenciales paliativos de la responsabilidad por culpa, así como que la información de los riesgos —incluso lo de fracaso—, y la de las posibles consecuencias perjudiciales para el paciente, haya de ser singularizada, personal, pormenorizada y exhaustiva, so pena de responsabilidad.

El profesor Gil Rodríguez, catedrático de derecho civil en la Universidad del País Vasco, con su texto sobre *Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil*, se sitúa ante la proliferación de demandas en el ámbito sanitario destacando la necesidad consiguiente de que los Tribunales de justicia dispongan de criterios fiables para discriminar las demandas realmente fundadas en un defectuoso cumplimiento por parte del profesional o del centro sanitario de aquellas otras reclamaciones que se sustentan en la alegación de los daños causalmente conectados a circunstancias de las que ni el médico ni el centro ni la aseguradora, en su caso, deberían responder.

En principio, el paciente o los familiares que reclaman la reparación de los daños que dicen causados por la intervención médica deberán probar, no solo que los daños que alegan son reales y que provienen directamente del acto médico, sino también que el profesional de la medicina ha faltado a su deber y a las reglas de la ciencia curativa, que es lo que se conoce como carga de la prueba de la culpa o negligencia del profesional contra el que se reclama, y se explica técnicamente trayendo a colación la naturaleza de la obligación del médico, que no consiste —se asegura— en obtener la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino en implementar su pericia (obligación de medios) para procurar sanarlo, por

todo lo cual el fallo condenatorio sólo puede fundarse en la demostración de una culpa médica comprobada durante el proceso judicial.

Sin embargo, a partir de una visión proteccionista del perjudicado y con la idea de aligerar la tarea del reclamante frente a concretos daños médicos, a veces, se recurre a la configuración de la obligación médica como contrato de obra u obligación de resultado, entendiendo que el profesional de la medicina se ha comprometido cabalmente a sanar al enfermo o a proporcionarle el nivel de satisfacción que busca en la consulta. Si así fuera, el demandante de reclamación únicamente tendría que demostrar que el éxito no ha acompañado a la intervención para hacer responsable del fracaso al profesional de la medicina. Este es el planteamiento que parece abundar en las sentencias recaídas en el ámbito de la denominada medicina voluntaria o satisfactiva (cirugía estética, odontología) como muy acertadamente explica Jacinto Gil.

La preocupación del texto del profesor Gil Rodríguez se centra en hacer ver que la mayoría de las veces en que se habla de contrato de obra u obligación de resultado, lo mismo que cuando se acude al llamado ‘resultado desproporcionado’, el juzgador no altera los fundamentos de la responsabilidad médica ni, mucho menos, la sitúa en parámetros meramente objetivos, sino que se limita a considerar el mal resultado como indicio revelador de la negligencia del profesional de la medicina de suerte que también en este ámbito —como asegura el Tribunal Supremo— el médico responde por su negligencia y no directamente del resultado, excepción hecha de aquellos supuestos en que hubiere garantizado expresa o implícitamente (mediante exageraciones publicitarias u ocultación de riesgos) el buen fin de su intervención profesional.

El siguiente capítulo del libro corre a cargo del presidente del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Miguel Ángel Cadenas Sobreira, también profesor asociado de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña, quien lleva a cabo un análisis profundo sobre «*Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil*», donde, como punto de partida, se ponen de relieve los diferentes contextos en que se puede desarrollar, y en que, de hecho, se desarrolla la actividad médico-sanitaria en cuyo curso se puede producir el acontecimiento lesivo-dañoso desencadenante de una potencial responsabilidad resarcitoria.

Por eso, el profesor Cadenas diferencia, en razón de las propias características, por un lado, la medicina asistencial o curativa y la de satisfacción y por otro, distingue entre una actuación sanitaria llevada a cabo en el ejercicio de una profesión liberal o por cuenta y orden de una entidad

privada o al servicio de una Administración Pública y también, por último, hace hincapié en la problemática de la calificación como contractual o extracontractual de la relación con el paciente y, en ella, la de los criterios de imputación.

Y es que esta complejidad intrínseca, a juicio de Cadenas Sobreira, tiene reflejo también en la determinación del orden jurisdiccional competente para el planteamiento y resolución de las reclamaciones por derivación del actuar o a sus responsables. Aspecto en el que, grosso modo, concluye que reclamándose una responsabilidad resarcitoria, de signo contractual o extracontractual, por consecuencia de una actuación sanitaria prestada bien por profesional liberal, bien por cuenta y orden de una clínica privada, la competencia es del orden jurisdiccional civil.

A continuación puntualiza que cuando esto ha ocurrido en el curso o como consecuencia de actividad prestada en centros sanitarios públicos, como servicio público por entidades gestoras de la Administración pública a beneficiarios de la Seguridad Social, la cuestión se torna compleja desde la propia normativa y jurisprudencia, entrando en juego los órdenes social, civil y contencioso-administrativo, hasta llegar al momento actual, definido a partir del art. 9.4 LOPJ, por la competencia en estos casos del orden jurídico contencioso-administrativo.

En cuanto al siguiente apartado de este libro, bajo la rúbrica *La responsabilidad médica ante la jurisdicción civil: el ejercicio privado de la medicina*, el presidente de la Audiencia Provincial de La Coruña, y profesor asociado de dicha Universidad de derecho procesal, José Luis Seoane, expone con detalle cómo se venía entendiendo que una excepción a la consideración de la prestación del médico como una obligación de medios y no de resultados, se encontraba en la llamada medicina voluntaria o satisfactiva (SSTS de 25 de abril de 1994, 11 de febrero de 1997, 11 de mayo de 2001 o 26 de marzo de 2004 entre otras), en el que profesional de la medicina no actúa sobre un cuerpo enfermo, sino sobre uno sano, a los efectos de mejorar su aspecto externo (cirugía estética, perfectiva o de embellecimiento, y ortodoncia) o con la finalidad de eliminar la capacidad reproductora del sujeto (vasectomías, salpingectomías), en cuanto que, en tales supuestos, la prestación médica se asimila más a una obligación de resultado.

No obstante, posteriormente, continúa diciendo Seoane, en la propia evolución jurisprudencial, se viene partiendo de que la medicina voluntaria, como la necesaria o curativa, se encuentra sometida a una serie de riesgos típicos, generales e incluso específicos, que son susceptibles de sufrirse, pese a que la asistencia médica dispensada se hubiera prestado

con plena sujeción a la *lex artis ad hoc*, con lo que advertido el paciente de tales riesgos, y aceptados por éste, con pleno conocimiento, voluntad e información, el médico tratante no responde por el resultado no deseado producido, convirtiendo su responsabilidad en puramente objetiva, si actuó con diligencia y ningún reproche cabe efectuarle en el ejercicio de su actividad profesional. El médico no es pues responsable de los riesgos típicos de una intervención, si se informó de los mismos y actuó con sujeción a la *lex artis*.

Y así se ha llegado a declarar, por la moderna jurisprudencia, que la distinción entre obligación de medios y resultados no es posible mantenerla en el ejercicio de la actividad médica, salvo que el resultado se pacte o se garantice (SSTS 30 de junio y 20 de noviembre de 2008 y 27 de septiembre de 2010).

Sin embargo, lo que sí se exige, en la medicina voluntaria o satisfactiva, es que el consentimiento informado sea más detallado y completo, comprendiendo todo el haz de riesgos derivados de la intervención dispensada, a los efectos de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención no curativa, y como tal prescindible.

Destaca el apartado que figura bajo la rúbrica *Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria*, que ha sido elaborado por el catedrático de derecho civil y rector de la Universidad de Murcia, José Antonio Cobacho Gómez, quien antes de examinar la regulación vigente de la responsabilidad patrimonial en sanidad hace una referencia histórica de dicha regulación en general comenzando por la Ley de Expropiación Forzosa de 1954; la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957; la Ley de Bases de Régimen Local de 1985; la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que, finalmente, cumplen el mandato del artículo 106-2 de la Constitución estableciendo un sistema unitario, puesto que rige para todas las Administraciones Públicas, basado en el artículo 149-1-18 de la Constitución.

Destaca en su interesante texto el profesor Cobacho que según la fórmula legal los particulares tienen derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos que sea imputable a las Administraciones Públicas por el funcionamiento normal o anormal de los servicios público, de modo que si hay una lesión —que se define negativamente como el daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar— imputable causalmente a la Administración, en principio, hay

indemnización, que afecta a todas las Administraciones tanto si actúan en relaciones de derecho público como en el ámbito de su actividad privada, siendo un sistema general que se refiere a toda la actividad o inactividad de la Administración, estrictamente jurídica o derivada de su propia actuación fáctica.

A juicio del profesor Cobacho ello obedece a un criterio de responsabilidad directa y no sólo subsidiaria de simple cobertura del funcionario responsable, de manera que la Administración responde desde el primer momento, sin perjuicio de que, luego, si ha habido culpa o negligencia graves, pueda repetir contra el funcionario o personal, con la excepción de la responsabilidad derivada de delito donde, según el artículo 121 del Código Penal y sin mucho fundamento visto el sistema general, la Administración responde subsidiariamente, y no de forma directa, por los hechos delictivos dañosos generados por los empleados penalmente responsables.

El profesor Cobacho destaca que, sobre todo, es un sistema de responsabilidad objetiva en que la idea de culpa no es determinante, sino la de lesión y la de imputación causal con la pretensión de lograr una reparación integral de todo tipo de daños (materiales o morales) sufridos por las víctimas sobre la base de un principio de unidad jurisdiccional (con la sola excepción, en principio, de la jurisdicción penal cuando la responsabilidad civil deriva de un delito cometido por funcionarios), concluyendo que se trata de un sistema sencillo, avanzado y generoso, pero también casuístico –lo cual es inevitable- e inseguro, lo cual se pregunta si es igualmente inevitable.

Seguidamente destaca que hasta no hace mucho tiempo, la mayor parte de las demandas contra la Administración en tema sanitario se planteaban ante la jurisdicción civil y se resolvían de acuerdo a las normas del Código Civil, de suerte que nuestros Tribunales venían a brindar igual tratamiento a la responsabilidad civil por daños en el ámbito de la medicina pública y privada, pero ahora la situación ha variado radicalmente pues la responsabilidad de las Administraciones sanitarias, a reserva de lo que ocurra en caso de condena penal, sólo puede conocerse por la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Posteriormente pone de relieve algunos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria de acuerdo con los cuales, en aplicación de la legislación vista, se mantiene que para que surja la obligación de indemnizar se requiere la efectiva realidad del daño o perjuicio (lesión), evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una

relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal; ausencia de fuerza mayor y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño (o sea que el perjuicio ha de ser antijurídico), terminado su texto con la exposición de algunos interesantes casos de funcionamiento anormal y normal.

Por último, el que suscribe se encarga de abordar las reclamaciones judiciales que tienen su base en daños sufridos con ocasión de la prestación de un servicio médico o, en sentido más amplio, sanitario, estudiándose ahora tan sólo aquellos supuestos en que se dilucida la responsabilidad civil, generalmente fundamentada en normas de responsabilidad extracontractual, del médico, consecuente con la obligación derivada del ejercicio de su profesión, y de los centros médicos que se puedan encontrar, en su caso, fuera del Sistema Nacional de Salud, pero no aquellos casos en que se demanda a una Administración competente en materia de asistencia sanitaria pública que han sido profusamente objeto de nuestra atención en el libro anterior de esta misma colección.

También estudiamos la cuestión de la responsabilidad contractual del personal sanitario analizando la relación entre el paciente y quien le procura la asistencia sanitaria, puesto que no cabe duda de que la atención médica puede prestarse dentro del marco de una relación contractual o similar entre el paciente y quien le atiende, y, a su vez, cuando existe una relación de ese tipo, el paciente puede aparecer vinculado con muy diversas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas, incluyendo, a su vez, a uno o varios facultativos, o un centro hospitalario, o bien una sociedad médica al margen de la propia Seguridad Social, no siendo frecuente en la práctica, en cambio, aquellas otras hipótesis de asistencia espontánea en los que falta cualquier tipo de contrato previo y que aparece en los casos extremos de asistencia prestada voluntariamente o de propio impulso y sin la autorización pero también sin la oposición del enfermo, por un facultativo que obra por razones humanitarias, en un caso de urgencia que requiere de su intervención, fuera del marco habitual de la consulta o del centro en que presta sus servicios.

En la actualidad se puede fácilmente constatar el aumento por parte de los usuarios de servicios sanitarios del recurso a impetrar la tutela correspondiente ante los tribunales de justicia y, desde luego, la responsabilidad civil del médico y hasta del centro hospitalario, ante la multitud de reclamaciones y las alarmantes noticias en muchas ocasiones de posibles negligencias médicas supone cada año, como mínimo, cerca de cien mil nuevas contiendas judiciales ante los Tribunales de Justicia entre pacientes, médicos y centros sanitarios, en casos muy complejos

en los que resulta absolutamente imprescindible, como elemental punto de partida, tomar en cuenta la dificultad añadida de la aplicación integradora de la hipotética existencia de la responsabilidad civil regulada en el Código, que aquí estudiamos, con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria, que analizamos en el libro precedente ya citado de esta misma colección, con un régimen y tratamiento muy diferente.

Ante el número cada vez mayor, que se ha multiplicado por cuatro en la última década, de reclamaciones por daños sanitarios se ha disparado en un porcentaje superior al 200% el importe de las pólizas de los seguros que amparan a los profesionales que, acosados por las crecientes reclamaciones, se ven obligados a practicar una medicina defensiva, que, en último término, perjudica al paciente, ya que los profesionales no toman decisiones de riesgo por miedo a la posterior reclamación y someten al paciente a multitud de pruebas (sobre todo analíticas y de imagen) para que no queden cabos sueltos.

Se echa en falta una Ley específica sobre la responsabilidad sanitaria así como también un baremo de daños médicos que sirva para contener las indemnizaciones, y considero recomendable la creación en los hospitales de unidades de medicina legal preventiva que sean capaces de averiguar y corregir a tiempo los posibles fallos o errores médicos que puedan desencadenar las demandas judiciales, siendo también la intención de nuestro estudio de servir, modestamente, para hacer medicina preventiva y evitar que se vuelvan a repetir fallos, distinguiendo entre la medicina necesaria, en que no se exige a los médicos que curen sino que pongan todos los medios para conseguirlo, y medicina estética, en que se pide obligación de resultados, lo que ha hecho subir en estos casos las primas de los seguros de responsabilidad civil.

En tal sentido, considero necesario profundizar en la formación del médico en aspectos jurídicos y legales que puedan invertir la tendencia a la judicialización de la medicina, para lo cual es necesario incrementar la confianza y el entendimiento mutuo entre el médico y el paciente ya que siete de cada diez reclamaciones se deben a falta de información o a vicios en el consentimiento informado.

A mi juicio, el ámbito de protección jurídica de las víctimas es cada vez mayor y en los casos de daño desproporcionado cuentan con más recursos para acreditarlo con la consecuencia de que jurídicamente se ha aumentado el nivel de exigencia al profesional sanitario y, desde luego, son inaceptables las listas de espera, especialmente para cirugía y las primeras consultas, considerando necesario indemnizar daños y perjuicios

y reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración en casos de agravación de dolencia o fallecimiento mientras el paciente aguarda, con lo cual doy por concluida la aproximación a la materia a la que me refiero con detalle en su capítulo correspondiente.

Este capítulo sobre responsabilidad sanitaria, con amplia información jurisprudencial, está escrito desde una perspectiva práctica que resulta imprescindible para los que en la vida profesional se mueven dentro del mundo de los Tribunales de Justicia en el presente siglo con servicios sanitarios avanzados, que trae consigo la realización de actos médicos constantes, con medios de diagnóstico y tratamiento de última generación, altamente sofisticados, que, en consecuencia, conllevan más riesgo, a todo lo cual ha de añadirse una mayor preocupación, de todo tipo, legal, judicial y social, por dichos servicios y, desde luego, por la adecuada defensa de los derechos de los consumidores y usuarios de los mismos, con una más amplia información de toda clase, incluyendo la procedente de los medios de comunicación de masas.

La Coruña, 22 de mayo de 2012

DOMINGO BELLO JANEIRO

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Coruña  
Académico de número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación



# DERECHO, ÉTICA Y POLÍTICA

José Manuel ROMAY BECCARÍA  
Presidente del Consejo de Estado

**Sumario:** I. Derecho y moral.– II. Moral y política.– III. La subordinación de la política a la moral.– IV. la ética y la política en el pensamiento de Max Weber.– V. El realismo de Raymond Aron.– VI. La ética y la política según ortega.

## I. DERECHO Y MORAL

### *El derecho y otros órdenes normativos de la conducta humana*

El Derecho es un orden normativo de la conducta humana. La conducta humana es objeto y contenido de normas jurídicas, a las cuales ha de atemperarse, por cuanto el no hacerlo acarrea la puesta en marcha del aparato coactivo, esto es, la aplicación de las consecuencias jurídicas establecidas por las mismas normas para la conducta contraria a la que en ellas se preceptúa como debida.

Pero la conducta humana no es objeto exclusivo de la ordenación normativa jurídica, sino que existen otros complejos o sistemas de normas, en los cuales la conducta es regulada desde puntos de vista distintos e incluso con criterios diferentes a los de las normas jurídicas.

Estos órdenes normativos son la moralidad, los usos sociales y la política.

La diferencia para establecer claramente la relación entre moral y Derecho podemos establecerla así: Derecho y moral son dos puntos de vista sobre la conducta humana, lógicamente distintos, pues que el primero afecta al acto en cuanto exteriorizado, y la segunda al elemento interiorizado del mismo; el primero versa sobre el acto en cuanto lo

pone en relación con los actos de otros sujetos, y la segunda en cuanto lo refiere a la misma unidad del sujeto; el primero implica en su propia estructura normativa la aplicación de sanciones, y éstas son, en la segunda, un añadido extrínseco; el primero, por último, se ciñe al fin temporal del hombre y del Estado, mientras que la segunda tiende a su santificación.

El hombre, en ciertas circunstancias de su vida, se comporta con arreglo a ciertas normas que, si no tienen un carácter estricto de moralidad, tampoco pueden interpretarse pura y simplemente como Derecho. Son solamente eso: usos sociales, costumbres, convencionalismos, *decoro social*, como también se le ha llamado.

En cuanto que el Derecho es forma de vida social, puede decirse que consiste en usos, que es un sector de los usos sociales, dotados de normatividad jurídica. Ahora bien, cuáles de estos usos posean normatividad jurídica y cuáles no, es cosa que no puede decidirse a priori, pues todo lo que es social puede ser juridizado, es derecho en potencia y depende del azar el que un legislador convierta en norma jurídica lo que todavía no lo es. Así, materias que parecen reservadas al convencionalismo, por ejemplo, el vestido y la comida, pueden ser materia jurídica. No se piense únicamente en los «uniformes», militares o civiles, que pueden ser objeto de determinaciones jurídicas, sino en el «motín de Esquilache», producido por una medida gubernativa sobre el clásico vestido español, las medidas de Kemal Atatürk para europeizar el traje turco, etc.

Todo derecho, dice Guasp, supone formalmente la existencia de un medio social; sin sociedad no hay derecho. Una sociedad ya existente está en condiciones de convertir sus aspiraciones en normas necesidades establecidas, en la terminología de Guasp que por eso mismo forman el derecho.

De entre todas esas aspiraciones propiamente sociales, la primera que debe tenerse en cuenta es, sin duda, aquella que señala el impulso de toda sociedad hacia su propia conservación. Llamamos paz a esa actitud o serie de actitudes sociales fundadas en la tendencia de todo ente social a su propia conservación. La paz se descubre así como el término que define a todos los valores de conservación en el derecho, como el primer gran principio jurídico en el que todo el derecho tiene que reflejarse de algún modo si quiere estar fundado.

Pero una sociedad que ya existe y que, incluso, se halla en trance de conservación garantizada, no tiene con eso cubiertas aquellas aspiraciones, satisfechos todos aquellos anhelos, que acaso quiera convertir en una «necesidad» verdadera, en una norma impuesta.

La sociedad humana, precisamente por serlo, está dotada de una innegable inclinación hacia su propio mejoramiento. El derecho debe también su razón de ser a tal aspiración. El nombre riguroso con que hay que designar a esta segunda gran justificación es, precisamente, el de la justicia. Justicia es perfeccionamiento, superación de un equilibrio por una nueva composición dinámica, un proceso más que un estado. En este sentido, al lado de la paz, la justicia es el segundo de los grandes principios del derecho.

A estas funciones básicas del derecho, la paz y la justicia, el devenir histórico ha ido añadiendo múltiples quehaceres. El derecho administrativo, surgido de la Revolución Liberal como básicamente exponen Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández fue construyendo sus técnicas con la atención puesta en la defensa de la libertad y de la propiedad del individuo frente a las eventuales injerencias no justificadas del poder público. A este orden de necesidades se ha venido a sumar en la época en que vivimos otro no menos importante a partir de la constatación, verdaderamente elemental, de la absoluta impotencia del individuo aislado para proveer con sus solas fuerzas a sus múltiples carencias, y correlativamente, de la no menos imperiosa necesidad de una actividad de entes públicos para suplir aquéllas y garantizar al ciudadano una asistencia vital efectiva capaz de asegurar su subsistencia a un nivel razonable. Es lo que la doctrina alemana llama Administración prestacional.

## II. MORAL Y POLÍTICA

El problema de la posibilidad de la política como orden normativo autónomo de la conducta humana es de origen reciente. Arranca de Maquiavelo.

Con anterioridad a Maquiavelo, las normas relativas al arte del Estado y del gobierno tenían carácter estrictamente moral. La finalidad del arte político, para los griegos, consistía en hacer felices a los ciudadanos, pero, en la ideología helénica, la felicidad consistía en la virtud. La más alta de todas las virtudes era la justicia y por eso el sentido todo del Estado radicaba en ser encarnación y realización de la justicia.

Durante la Edad Media, la política apareció siempre como un concepto subordinado a la teología moral, a una teología de inspiración cristiana.

Maquiavelo, al parecer, fue el primero en romper con esta consideración subalterna de lo político y pretendió deducir normas para la política de la consideración de la naturaleza *tal como es y no tal como debe ser*.

# ÍNDICE

<b>Prólogo, Domingo Bello Janeiro</b> .....	5
<b>Derecho, ética y política, José Manuel Romay Beccaría</b> .....	17
I. Derecho y moral .....	17
II. Moral y política .....	19
III. La subordinación de la política a la moral .....	26
IV. La ética y la política en el pensamiento de Max Weber .....	28
V. El realismo de Raymond Aron. ....	29
VI. La ética y la política según Ortega.....	30
<b>Daños determinantes de responsabilidad médica Carlos Rogel Vide</b> ....	33
I. El daño. Aproximación al concepto. Daños y perjuicios .....	33
II. Daños indemnizables. Daños injustos .....	34
III. Culpa y relación de causalidad .....	35
IV. Consentimiento informado y antijuridicidad .....	39
V. Clases de daños.....	41
IV. Daños punitivos.....	44
VII. Daños derivados de cirugía estética.....	45
VIII. Daños derivados de la muerte. El estado de coma.....	48
IX. Bibliografía. ....	49
<b>Las reclamaciones por negligencia médica en vía civil: el ámbito de competencia de la jurisdicción civil, Miguel Angel Cadenas Sobreira</b> ....	51
I. Introducción .....	51
II. Orden jurisdiccional competente. ....	52
III. Competencia del orden jurisdiccional civil .....	53
IV. Responsabilidad patrimonial de la Administración .....	54
V. Reclamación frente a la aseguradora de la Administración. ....	58

<b>Apuntes sobre la responsabilidad civil médica: su tratamiento ante los tribunales, José Luis Seoane Spiegelberg</b> .....	61
I. Introducción .....	61
II. Acercamiento al tema de la jurisdicción competente para el conocimiento de las reclamaciones por negligencias médicas. ....	65
III. La violación de la <i>lex artis ad hoc</i> : inexistencia de responsabilidad objetiva .....	70
IV. Medicina voluntaria y satisfactiva, versus medicina necesaria o curativa .....	72
V. La prueba de la negligencia médica .....	73
VI. El consentimiento informado como fuente generadora de responsabilidad civil .....	78
VI.1 De la medicina paternalista al principio de la libre autonomía del paciente .....	78
VI.2. Su consagración normativa .....	81
VI.3. Características y contenido .....	82
VI.4. El consentimiento informado como fuente generadora de responsabilidad civil: requisitos .....	84
VI.5. Cuantificación del daño .....	89
VII. El paciente como consumidor: la aplicación del <i>trlrgcu</i> .....	92
VIII. La protección del consumidor y la publicidad de los servicios y tratamientos sanitarios .....	99
IX. Responsabilidad civil de las compañías de seguros de asistencia sanitaria: criterios de imputación .....	101
X. La responsabilidad del <i>mir</i> .....	104
<b>Acotaciones sobre la imperceptible frontera entre la culpa médico-sanitaria y la indemnización por el resultado dañoso, Jacinto Gil Rodríguez</b> .....	109
I. Aproximación .....	109
II. La existencia y prueba de la culpa como presupuesto de la responsabilidad médica .....	111
III. La continuidad de planos o enfoques, contractual y extracontractual .....	114
IV. La selección de perspectiva: intervención frente a resultado .....	116
V. El desglose y los confines de la pericia médica .....	119
VI. La proverbial necesidad de que el actor pruebe la impericia .....	122
VII. La tendencia a la inversión de la carga probatoria .....	126
VIII. El regreso a la obligación de medios y la prevención ante el resultado desproporcionado. ....	132
<b>Algunas reflexiones sobre la jurisprudencia en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria, José Antonio Cobacho Gómez</b> .....	141
I. Planteamiento .....	141

II. La Asignación de la Responsabilidad Patrimonial a la Jurisdicción Contenciosa-Administrativa.....	145
III. Algunos Criterios Jurisprudenciales en Materia de Responsabili- dad Patrimonial Sanitaria.....	146
<b>La prueba de la responsabilidad civil médica, Domingo Bello Janeiro ...</b>	153
I. Planteamiento.....	153
II. Responsabilidad contractual y extracontractual .....	162
III. Requisito de culpa.....	165
IV. Obligación de actividad .....	169
V. Inversión de la carga de la prueba.....	174
VI. Carga de la prueba de la negligencia.....	178
VII. Prueba de presunciones.....	180
VIII. Doctrina sobre el daño desproporcionado .....	185
IX. Actuación negligente .....	191
X. Falta de información .....	197
XI. Responsabilidad por omisión.....	210
XII. Cirugía estética .....	215
XIII. Vasectomía .....	224
XIV. Consideraciones conclusivas.....	228

