

PRESENTACION

Enrique Ruiz Vadillo

*Presidente de la Sala Penal del Tribunal Supremo
y del Instituto Europeo en España.*

*Vicepresidente de la Sección Española
de la Asociación Internacional de Derecho del Seguro
y Profesor de la Universidad.*

Sólo cuando el Derecho es capaz de procurar al intérprete la solución más adecuada a cada uno de los casos conflictivos interpersonales o sociales, puede decirse que cumple, de verdad, con su esencial finalidad de servir a la justicia, a la seguridad jurídica o certeza y al bien común.

Ninguna comunidad política ha conseguido vivir al margen del Derecho. Prescindir de él es una quimera y, por tanto, algo irrealizable. Por ello, lo decisivamente importante es que entre todos, cada uno desde el lugar que le corresponda, sepamos hacer del Derecho un instrumento idóneo, capaz de proteger a la Persona humana en su infinita dignidad, libertad y seguridad. En este sentido, la Constitución española atribuye a los poderes públicos la tarea de promocionar las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica y social.

El Médico, desde Hipócrates, ha dicho Ricardo Horno Liria, hereda una tradición de conducta profesional sobre la cual ha de basar su actuación y ejercicio para, a su vez, transmitirla inmaculada a sus sucesores. Este respeto a la vida y a la persona humana constituye, en cualquier circunstancia, el deber primordial de la dignidad de su ejercicio.

Desde mi doble vocación juvenil hacia la Medicina y el Derecho constato en las dos Ciencias una innegable plataforma común. La medicina, sin perder ese contexto misterioso y mágico al que se refiere el Prof. Romeo Casabona, alcanza hoy la plenitud de su más alta significación social al hacer de los médicos instrumentos indispensables del bienestar. Medicina y Salud, Derecho y Justicia se encuentran constantemente porque su último destino, directo e inmediato, es la Persona humana en todas sus dimensiones física y psíquica, individual y social.

El Ordenamiento jurídico ha de servir a la realización de estos ideales, y sólo cuando en el sentido que ahora marcamos constituya un medio al servicio del mejor ejercicio de la Medicina cumplirá su cometido. Por ello las normas jurídicas y la jurisprudencia que las interpreta, sabiendo que el médico no es infalible, que se equivoca, que comete errores, deciden que estas deficiencias inherentes al ser humano, que tales actuaciones equivocadas, cuando no se separan de lo que podemos llamar un normal hacer profesional, de una observancia de las reglas del arte, no pueden constituir ilícitos penales. Como dice el Prof. Quintero Olivares en un reciente artículo publicado en La Vanguardia, los médicos no han de incurrir en responsabilidad porque su criterio haya fracasado -eso forma parte de su oficio- sino porque hayan transgredido o violado las mínimas reglas profesionales.

La Medicina avanza hacia la conquista de las más altas cotas de salud y bienestar .y en esta imparable carrera se hace sin duda más agresiva y, por consiguiente, más arriesgada. Pero los riesgos hay que medirlos en función de criterios de racionalidad y proporcionalidad en análogo sentido en que se han de aplicar las normas jurídicas. En este sentido la infección por el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA) se ha convertido en uno de los principales problemas de los sistemas sanitarios y asistenciales y en él han tenido que actuar Médicos y Juristas conjuntamente.

El tema importante de la información al paciente (lo que constituye el núcleo, sus límites, sus efectos), la valoración del daño corporal, la protección del genoma humano, la imputabilidad, las huellas genéticas, la determinación de la paternidad, los trasplantes, la transexualidad, el seguro médico y hospitalario... interesan a Médicos y Juristas, a la Medicina y al Derecho, que deben reflexionar juntos y armónicamente para conseguir las fórmulas más ideales de solución.

La Revista "DERECHO y SALUD" que ahora tengo el honor de presentar nace por acuerdo de la Asociación "Juristas de la Salud". Esta revista va a realizar -estoy seguro- una labor incommensurable por muchas razones. No se trata, a mi juicio, de que en ella se expongan problemas médicos puros que tienen acogida en otras revistas igualmente ilustres y llenas de prestigio, sino de exponer los temas de la Salud en su incidencia jurídica, lo que será una novedad, por especialistas en la Medicina y en el Derecho. En España, las aportaciones valiosísimas de los profesores Martínez Calcerrada y Romeo Casabona y del magistrado Martínez Pereda, entre otras, son un buen ejemplo de cuanto queda dicho.

Precisamente en este primer número aparecen dos extraordinarios trabajos, uno de los profesores Romeo Casabona y Castellano Arroyo sobre la intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica, que constituye una magnífica expresión de eficaz colaboración interdisciplinar entre un jurista y una profesora de Medicina Legal y Toxicología. Si el proceso penal sólo puede buscar la verdad real o histórica sobre la base del respeto a los derechos más esenciales de la persona humana (y en este sentido podemos citar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de la Sala Penal del Tribunal Supremo, así como el Borrador de Reglas Mínimas de Palma de Mallorca), en parecido sentido hay que exigirlo en la práctica de la medicina: el rechazo incondicionado a toda intromisión no consentida en la vida privada, salvo excepciones muy cualificadas, la no difusión de la información profesionalmente obtenida, la protección de los datos personales informatizados, etc. Ni siquiera el loable propósito de la docencia o del intercambio de información científica puede sobreponerse a la vigencia de estos principios.

El otro trabajo, del Prof. Ricardo de Ángel, sobre responsabilidad médica representa una magnífica aportación a uno de los temas más importantes en relación con el ejercicio profesional.

Por mi parte he dedicado varios trabajos y conferencias a temas médico-jurídicos, sobre la responsabilidad

civil y penal de los médicos, a las manipulaciones genéticas, a los límites en el campo de la investigación, etc., con la ilusión de contribuir modestamente a construir un esquema de clasificación y de clarificación de estos problemas y al mismo tiempo, como ahora lo hago, de homenaje a cuantos en el ejercicio de esta nobilísima actividad médica dejan lo mejor de sus vidas con sacrificio y entrega impagables, en aras de la Salud y del Bienestar de sus pacientes.

La celebración del I Congreso de "DERECHO y SALUD" en Barcelona ahora va a hacer un año, con completo éxito por el número de asistentes y por su cualificación, así como por las Ponencias que en él se desarrollaron, y en el que tuve el honor de colaborar, y la valía de los miembros de la Junta Directiva de la Asociación "Juristas de la Salud", a cuya juventud se une una muy valiosa experiencia, una excepcional preparación y un entusiasmo sin límites, con un grupo de eficaces colaboradores, garantizan el éxito de la empresa. Un segundo Congreso está ya en puertas y se celebrará en Granada, ciudad bellísima de embrujos y encantamientos.

Para todos mi enhorabuena e ilusionada esperanza de que esta bella tarea fructifique en éxitos humanos y profesionales.

Para mis ilustres colegas en la Comisión Científica, los Sres. D. Joaquín Ruiz-Giménez y Cortés, D. Santiago Muñoz Machado, D. Tomás Sala Franco y D. Joaquín Tornos Más, un abrazo símbolo de afecto y admiración y la seguridad de que en su compañía el trabajo que hayamos de llevar a cabo será siempre gratificante por su gran personalidad y excepcional categoría humana y profesional.

Desde esta querida Catalunya, y desde esta preciosa y gran ciudad de Barcelona, abierta siempre a la realización de hermosos ideales de Libertad, de Dignidad Humana, de Justicia, de Igualdad y desde su permanente vocación universalista, "DERECHO y SALUD" se extiende a toda España y espero y deseo que a todo el mundo, especialmente a Europa e Iberoamérica, tan próxima en todo a nosotros.

La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica*

Dr. iur., Dr. med. Carlos M. Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal
Decano de la Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna. Tenerife

y

Dra. María Castellano Arroyo

Catedrática de Medicina Legal y Toxicología
Facultad de Medicina Universidad de Zaragoza

SUMARIO: 1. El secreto médico. 1.1. Sentido del deber de secreto y marco legal general. 1.2. Circunstancias en las que el médico está obligado a revelar el secreto. 1.2.1. Declaración de enfermedades infecto-contagiosas. 1.2.2. Deber de denuncia de delitos. 1.2.3. Declaración como perito o testigo. 1.3. Situaciones en las que el médico está obligado a guardar el secreto. 1.3.1. El médico como funcionario público. 1.3.2. En materia de publicaciones científicas, docencia, estadísticas, etc. 1.4. Otras situaciones conflictivas. 1.4.1. El médico de empresa. 1.4.2. La confidencialidad en relación con el paciente aquejado de sida. 1.5. Perspectivas de reforma. 1.5.1. Protección del secreto o la intimidad en atención a los medios utilizados para su agresión. 1.5.2. El secreto laboral o profesional. 1.5.3. Protección de la propia imagen. 1.5.4. Revelación de secretos por parte de funcionario público o autoridad. 2. La Historia Clínica. La confrontación entre el derecho de acceso a la misma y la protección de los intereses del médico y de la intimidad del paciente. 2.1. Naturaleza jurídica y propiedad de la historia clínica. 2.2. Acceso a la historia clínica por el paciente. 2.2.1. Obtención de información suplementaria personal. 2.2.2. Continuación o inicio de un tratamiento en otro centro o con otro profesional. 2.2.3. Utilización en un procedimiento judicial. 2.3. Acceso de terceros con fines de inspección, estadísticos o científicos. 2.4. Acceso a la historia para fines de investigación judicial.

1. EL SECRETO MEDICO

1.1. Sentido del deber de secreto y marco legal general.

El médico en su relación con el paciente debe actuar siempre en beneficio de éste, tanto en lo personal como en lo referente a su salud y su vida. En esta línea de pensamiento la Medicina, desde sus orígenes, incorporó en su práctica la salvaguarda de la intimidad y el respeto a la información derivada de esta relación presidida por la confianza. Por eso ya el Juramento Hipocrático contemplaba el secreto, que también ha estado presente con formulaciones diferentes en las sucesivas declaraciones de la Asociación Médica Mundial.

No obstante, el derecho a la intimidad personal ha sido probablemente el más repetidamente ignorado en el ámbito hospitalario, quizá como práctica refleja de su escasa valoración en nuestra sociedad, aunque es verdad que en estos momentos se ha despertado una mayor sensibilidad hacia el mismo, quizá, sobre todo, desde su consagración por la Constitución de 1978 como un derecho fundamental (art. 18)¹. Por tal motivo el secreto médico debe quedar protegido de forma general por la normativa que protege el derecho a la intimidad. Este derecho a la intimidad presenta múltiples facetas, algunas de las cuales afectan al ejercicio de la Medicina, como es el rechazo a toda intromisión no consentida en la vida privada, la no difusión de la información profesionalmente

* La primera parte de este trabajo, relativa al secreto médico, fue presentada como ponencia por los autores a las "VI Jornadas de la Sociedad Española de Medicina Legal y Forense" (Granada, 26 al 29 de mayo de 1993), titulada "Aspectos médico-legales del nuevo Código Penal. Derecho Médico". La segunda parte, dedicada a las historias clínicas, ha sido elaborada y redactada por Carlos M. Romeo Casabona.

¹ Art. 18.1: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". Art. 18.4: "La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". (En los otros apartados se protege la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones).

obtenida, la protección de los datos personales informatizados, etc. Veamos brevemente la normativa aplicable en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley Orgánica 1/1982, de 5 mayo, de protección civil al honor, a la intimidad ya la propia imagen considera intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien lo revela, imponiendo la obligación de indemnizar el daño causado con la intromisión (art. 7.4).

La Ley 14/1986 de 25 abril, General de Sanidad, reconoce el derecho de todos al respecto a su intimidad ya la confidencialidad de toda la información relacionada con su caso (arts. 10.1 y 3 y 61)², y afecta tanto a los pacientes y usuarios de centros sanitarios públicos como privados (art. 10.15).

Por otro lado, se plantean manifestaciones específicas de la protección de la confidencialidad en algunas disposiciones en las que se insiste en la obligación del anonimato de receptores, donantes, etc., y en ocasiones se tipifica como infracción la revelación del secreto, así: Estatuto Jurídico del personal médico de la Seguridad Social³; para los Centros dependientes de la Seguridad Social rige también el secreto profesional sobre la enfermedad del paciente, de acuerdo con las normas deontológicas,⁴ en materia de extracción y trasplante de órganos⁵; en relación con la interrupción voluntaria del embarazo⁶ y con las técnicas de reproducción asistida⁷; en relación

con las recetas, aunque no afecta directamente a los médicos⁸; y sobre ensayos clínicos⁹. Sin embargo, hay que tener presente que la Ley impone la obligación al personal médico de facilitar información a las autoridades sanitarias o a sus agentes (art. 35. B, 5" y C, 5"), la que deberá compatibilizarse con el deber de confidencialidad que la misma Ley impone en relación con los pacientes propios.

La cobertura penal del secreto profesional en general es todavía insuficiente¹⁰. No obstante, el médico funcionario está obligado penalmente por el deber de secreto (art. 367 del código Penal)¹¹, en cuyo caso quedará obligado al deber de confidencialidad que compromete a los funcionarios públicos. Téngase en cuenta que a los efectos penales el concepto de funcionario es mucho más amplio que el que se deduce de la legislación administrativa sobre la función pública, pues debe estarse a lo dispuesto en el art. 119, 3 del CP, criterio que ha confirmado reiteradamente la jurisprudencia en relación con los médicos que prestan sus servicios en establecimientos sanitarios públicos. Sin embargo, el deber de secreto del médico que actúa en el ejercicio privado no tiene cobertura penal, pues los arts. 497 y ss. del CP no serán aplicables más que en supuestos muy excepcionales en la práctica clínica.

² Art. 10. 1 y 3: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias: I. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical. 3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público". Sobre el art. 61 véase más abajo.

³ Aprobado por Decreto 3160/1963 de 23 de diciembre.

⁴ V. Reglamento General para el régimen, gobierno y servicio de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social (O.M. 7 julio 1972), art. 148. 3: "Con independencia de las normas reguladoras del régimen de los enfermos durante su permanencia en la Institución, que serán recogidas en los Reglamentos de Régimen Interior de las Instituciones, los enfermos asistidos tendrán los siguientes derechos: 3. A que se mantenga el secreto profesional en cuanto a su enfermedad, de acuerdo con las normas deontológicas".

⁵ Ley 30/1979, sobre Extracción y Trasplante de Órganos, art. 4.d; R.D. 426/1980, de 22 de febrero, que desarrolla la Ley sobre extracción y trasplante de órganos, art. 2.e.

⁶ RD 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, arts. 4.2 y 9 párr. 3º.

⁷ Ley 35/1988 de 22 de noviembre (arts. 2.5 y 5.5).

⁸ Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, arts. 85.5 ("Los trámites a que sean sometidas las recetas y órdenes médicas y especialmente en su tratamiento informático, respetarán lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad") y 98 ("Información agregada. La información agregada resultante del procesamiento de las recetas del Sistema Nacional de Salud es de dominio público salvando siempre la confidencialidad de la asistencia sanitaria..."). En cuanto a los datos personales recogidos en las recetas médicas, el RD 1910/1984, de 26 septiembre, sobre la receta médica, establecía ya con carácter general la protección de la intimidad personal (art. 9), que se entiende comprenderá también al farmacéutico ya sus empleados.

⁹ RD 561/1993, de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos, art. 11.7: "Todas las partes implicadas en un ensayo clínico guardarán la más estricta confidencialidad de forma que no se viole la intimidad personal ni familiar de los sujetos participantes en el mismo. Así mismo deberán tomarse las medidas apropiadas para evitar el acceso de personas no autorizadas a los datos del ensayo".

¹⁰ V.D.M. LUZÓN PEÑA. "Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español", en *Poder Judicial*, nº especial XIII. 1990, pp. 133 y ss.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, "Algunas reflexiones sobre el tratamiento jurídico del secreto profesional", en *La ley*, nº 612. 1983, pp. 1 y ss.

¹¹ Art. 367: "El funcionario o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados será castigado con las penas de suspensión y multa de 100.000 a 200.000 pesetas. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública o para terceros, las penas serán las de prisión menor e inhabilitación especial. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de arresto mayor, suspensión y multa de 100.000 a 500.000 pesetas".

Por su parte, los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial imponen distintas sanciones a los Médicos que revelan los secretos de los pacientes fuera de las circunstancias exigidas por la Ley.

En consecuencia, el respeto a la intimidad del paciente implica, en primer lugar, no ir más allá de lo estrictamente imprescindible en la exploración (p. ej., interrogatorio acerca de su vida personal, familiar y social; incluso la práctica de determinadas pruebas) médica necesaria para elaborar un diagnóstico correcto. Pero, sobre todo, alude directamente al correlativo deber de confidencialidad, al secreto profesional, escasamente protegido en nuestra legislación hasta hace pocos años y hoy todavía de forma insuficiente en algunos aspectos, precisamente el médico-sanitario, según lo acabado de exponer. Este deber se extiende a todo lo relativo a los resultados de las exploraciones y pruebas practicadas, así como al diagnóstico, pronóstico y a la enfermedad misma y al tratamiento¹², incluso al hecho de la hospitalización y, si es solicitado por el paciente adulto, la confidencialidad del médico alcanza también a guardar el secreto frente a los familiares (a pesar de que la LGS incluye a éstos en el deber de información: art. 10 nº5). Como veremos más abajo, incluye la protección de la propia imagen, en particular en relación con publicaciones científicas, y la confidencialidad en relación con las historias clínicas. Sujetos de tal deber son *todos* los profesionales sanitarios y parasanitarios, cualquiera que sea su rango o función, en consecuencia, no sólo los médicos o enfermeras, como suele entenderse. Interesante es al respecto la sentencia sobre responsabilidad civil en aplicación de la citada LO 1/1982 (art. 7.4), donde se indica que afecta a la intimidad y supone una intromisión ilegítima en la misma la divulgación de análisis clínicos, bacteriológicos, morfológicos, etc., de una persona, sin que en tal caso pueda prevalecer el art. 20 de la CE (libertad de expresión) frente al derecho de intimidad que también reconoce aquélla (art. 18.1)¹³.

¹² V. Gerhard H. SCHLUND, *Handbuch des Arztrechts* (A. Laufs/W. Uhlenruck, eds.), ed. C.H. Beck, München 1992; p. 381.

¹³ STS (1ª) 13 marzo 1989 (Rep. AC 691-1989). En realidad parece ser que el condenado no fue un profesional de la sanidad, sino la Federación de Atletismo, que reveló a una agencia de noticias —que luego difundió la información— que una atleta española había sido sometida a determinados análisis, detectándose en ellos una alteración cromosómica de carácter congénito (presencia de un cromosoma xy), circunstancia que determinaría su baja en un próximo encuentro atlético. Por lo que se refiere a la libertad de expresión se estimó que la noticia de la baja en la competición era difundible sin tener que divulgar los motivos, en cuanto que se referían a algo tan “íntimo y arcano que afecta a la personalidad de una persona, como es su conformación cromosómica”.

Como hemos visto, la LGS recoge con toda nitidez este derecho de confidencialidad de los pacientes (art. 10.1 y 3) e, incluso, establece en otro lugar que deben quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de secreto por quien en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica (art. 61). El deber de confidencialidad sólo cede cuando así lo establece directamente la Ley¹⁴, o se deduce de ésta como consecuencia de un estado de necesidad (art. 8º nº 7 del CP) o de una colisión de deberes (art. 8º, nº 11 ó 7, según las opiniones, del CP) o lo autoriza el Juez apoyado en el ordenamiento jurídico. Indudablemente, el consentimiento del interesado, si es adulto, o de sus representantes legales si es un menor o un incapacitado, releva de tal obligación en los términos en que alcance dicha autorización. Por otra parte, tampoco supone ninguna violación del deber de secreto la transmisión de información relativa al paciente a otros facultativos o profesionales sanitarios en el medio hospitalario, cuando es necesaria para la realización de pruebas o de otros tratamientos acompañantes (art. 61 de la LGS), o al personal administrativo en todo lo necesario para el desempeño de su función, sin olvidar que todos ellos están obligados del mismo modo por un deber de secreto compartido.

Todas estas manifestaciones del derecho a la intimidad han de pasar por un nuevo banco de pruebas: el relativo a la informatización de los datos personales de los enfermos hospitalizados (o ambulatorios), pues el recurso a estas tecnologías es ya irreversible por sus innegables ventajas; pero al mismo tiempo aumentan los riesgos de ataques a la intimidad personal y a otros intereses individuales relativos a los datos que los medios informáticos hacen tan vulnerables¹⁵; es previsible que en un futuro próximo esta materia requiera una especial atención y la

¹⁴ V. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la Salud*. Gasteiz, 1987, p. 267.

¹⁵ V. F. MADRID CONESA, *Derecho a la intimidad informática y Estado de Derecho*, (Publ. Universidad de Valencia, Valencia 1984), passim; F. MORALES PRATS, *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, (ed. Destino, Barcelona 1984), passim; F. MORALES PRATS, “Confidencialidad, intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva jurídico-penal” en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes 1990* (Insalud, Madrid 1992), pp 131 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, (Fundesco, adrid 1998), pp 25 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA, “La reforma penal ante las nuevas tecnologías de la información”, en *Informática e Diritto*, 1987, pp 115 y ss.; C.M. ROMEO CASABONA/E. DOMINGUEZ GARCIA, *El derecho ante las nuevas tecnologías de la información en el ámbito sanitario* (Informe redactado por encargo del Ministerio de Sanidad y Consumo) (La Laguna 1991); E. SOLA RECHE, “La protección penal de la intimidad informática”, en *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, nº 11, 1991, pp. 79 y ss.

adopción de medidas específicas de protección a medida que se vayan aprovechando al máximo las importantísimas funciones y servicios que han de prestar los medios informáticos en el ámbito sanitario. Se ha retrasado considerablemente en nuestro país el cumplimiento del mandato constitucional de aprobar una ley (a la que aludiremos a continuación) que limite el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos (art. 18.4 de la CE), a lo que también obligaba el Convenio Europeo para la Protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, que fue ratificado por España en 1984 y constituye derecho interno. De todas formas conviene mencionar que el art. 6º del Convenio establece que los datos de carácter personal que revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual, no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías adecuadas. Como se ve, se refiere a los llamados "datos sensibles", incluidos con frecuencia en las bases de datos informatizadas de los hospitales españoles, en la medida que incluyen las historias clínicas u otros datos "sensibles" de los pacientes. En cualquier caso, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre la *Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal* (LORTAD)¹⁶, establece que los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud sólo podrán ser recabados, tratados automatizadamente y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o el afectado consienta expresamente (art. 7.3), al tiempo que autoriza a las instituciones y a los centros sanitarios públicos y privados y a los profesionales correspondientes, al tratamiento automatizado de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que acudan a ellos o hayan de ser tratados en los mismos con observancia de lo que disponen la LGS (arts. 8, 10, 23 y 61), la Ley del Medicamento de 1990 (arts. 85.5, 96 y 98) y la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (arts. 2, 3 y 4) y demás leyes sanitarias (art. 8 de la LORTAD). Esta Ley poco aporta de modo específico para la protección efectiva de estos datos, a salvo de reconocerles su carácter de datos especialmente protegidos, pues las remisiones legales aludidas al secreto o a la confidencialidad, que ya

estaban protegidos sectorialmente, como hemos visto más arriba. En consecuencia, habrá que esperar a que se apruebe la Propuesta de Directiva sobre la misma materia que se está concluyendo en el seno de la Comunidad Europea (1990)¹⁷, la cual, previsiblemente, permitirá una protección de los datos del paciente de modo mucho más efectivo que en la actualidad, dado que se han estudiado las particulares repercusiones de la misma en el ámbito sanitario. Esta Directiva, o el propio desarrollo de los acontecimientos, previsiblemente exigirán la puesta a punto de una normativa específica en nuestro ordenamiento jurídico. De todos modos, aunque no podamos extendernos aquí más sobre ello, debe darse cuenta al menos de la importante labor orientadora que está realizando en esta materia el Consejo de Europa a través de varias Recomendaciones ya aprobadas¹⁸. La rápida y constante evolución de la aplicación de los medios informáticos a los datos médicos y relacionados con la salud y las nuevas implicaciones jurídicas suscitadas han movido a este organismo internacional a renovar y actualizar la primera de sus Recomendaciones, para lo cual se está elaborando en su seno un *Proyecto de Recomendación relativa a la protección de los datos médicos*; aspectos reseñables son tomar como punto de partida la protección de la vida privada (en coherencia, parece, con el Convenio Europeo de 1950); la protección de los datos referidos al concebido; derecho a la información, consentimiento, acceso y rectificación por parte del interesado; recogida, comunicación, seguridad y conservación de los datos; el tratamiento de datos con fines de investigación; el flujo transfronterizo de datos médicos; y sigue en discusión la introducción en dicho Proyecto de reglas específicas para la protección de datos genéticos (bien en un artículo separado o integrando en su lugar adecuado las referencias particulares sobre esta materia), cuya complejidad es todavía mucho mayor.

Finalmente, y en relación con estos datos tratados automatizadamente, el CP vigente no otorga una protección directa a los mismos, pues no contiene todavía ningún delito sobre el particular; no obstante, las infracciones cometidas por los funcionarios públicos tendrán fre-

¹⁶ Aunque no afectan directamente a los datos relativos a la salud, debe dejarse constancia de que hay pendientes cuatro recursos de inconstitucionalidad presentados contra esta Ley.

¹⁷ *Draft Proposal for a Council Directive approximating certain laws, regulations and administrative provisions of the Member States concerning the protection of individuals in relation to the processing of personal data.*

¹⁸ Así, Recomendación de 1981, R(81)1, relativa a la reglamentación aplicable a los bancos de datos sanitarios automatizados; Recomendación de 1983, R(83), relativa a la protección de datos de carácter personal utilizados con fines de investigación científica y estadísticos; Recomendación de 1989, R(89), sobre la protección de datos de carácter personal utilizados para fines de empleo.

cuenta cabida en el delito ya mencionado del art 367, mientras que si se trata de particulares, el art. 497 bis (sobre interferencias y captaciones de las comunicaciones telefónicas) puede ofrecer algún resquicio, discutido y en todo caso residual y muy excepcional para la materia que nos ocupa¹⁹.

Teniendo, de acuerdo con lo expuesto, como marco general la obligación de velar por la intimidad de las personas, la regulación legal del secreto médico en España nos presenta tres tipos de situaciones más particulares:

1.2. Circunstancias en las que el médico está obligado a revelar el secreto.

1.2.1. Declaración de enfermedades infecto-contagiosas

En este caso el secreto se transmite a profesionales de la Medicina (Jefatura provincial de sanidad, Servicio de Medicina Preventiva del Hospital, etc.) para que se establezcan las medidas de prevención dirigidas al control de la enfermedad y a evitar su contagio a otros²⁰. Se defiende, por lo tanto, el interés colectivo frente al individual. Sin embargo, en nuestra opinión no se trata de revelar un secreto en sentido amplio, sino en retransmitir una información médica a otros médicos y/o autoridades que actuarán también en beneficio del paciente y de la colectividad; estos médicos y autoridades quedarán igualmente obligados en la salvaguarda y protección del secreto, por lo que nos encontramos con un "secreto compartido", y no con un secreto divulgado.

1.2.2. Deber de denuncia de delitos

La Ley de Enjuiciamiento Criminal propone la obligación general de los ciudadanos de denunciar los delitos que lleguen a su conocimiento (art. 259), pero esta obligación general se refuerza específicamente para los médicos cuando en el art. 262 se puntualiza:

"...Si la omisión en dar parte fuese de un profesor en Medicina, Cirugía o farmacia y tuviese relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a..."

Así mismo, en el artículo 576 del Código Penal se dice²¹:

¹⁹ V. ROMEO CASABONA, *Poder Informático y Seguridad Jurídica*, cit., P. 30.

²⁰ V. la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública.

²¹ V., por ejemplo, la STS (2ª) 15 enero 1974

"Los facultativos que, apreciando señales de envenenamiento o de otro delito en una persona a la que asistieren o en un cadáver, no dieran parte inmediatamente a la autoridad, serán castigados con las penas de cinco a quince días de arresto menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, siempre que por las circunstancias no incurrieren en responsabilidad mayor"²².

Esto conduce a la obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial mediante un parte de lesiones u oficio todos aquellos hechos que puedan ser constitutivos de delito o a los que se prevean repercusiones judiciales (traumatismos, envenenamientos, malos tratos a niños, minusválidos o mujeres o al cónyuge, abortos, muertes repentinas, etc.). De este modo, y dada su especial situación y cualificación, los médicos pueden desarrollar una importante labor de ayuda a la Administración de Justicia, en particular cuando la persona a la que asisten o el cadáver que inspeccionan presentan indicios de haber sido víctimas de un delito.

Por otro lado, el deber de denuncia de los delitos de que tuvieren conocimiento, que, como vimos, obliga también a los médicos, supone una clara y criticable limitación sobre el deber de secreto, cuando se refiere a su propio paciente, en particular si los indicios revelan la sospecha de la posible comisión de un delito por parte de aquél, pues aunque la CE prevé que por razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, los casos amparados por dicho secreto deben ser regulados por una ley (CE, art. 24.2), pero ésta todavía no ha sido aprobada. En estos casos, se contraponen dos deberes, que se hallan en conflicto, el de confidencialidad al que le obliga claramente la ley, y el de denunciar, expresado con no menor rotundidad. Resulta difícil sin el apoyo de ese necesario desarrollo legal de la Constitución, aportar criterios jurídicos para resolver tal colisión de deberes, para lo que es necesario ponderar todos los intereses en juego, incluidos los de terceras personas²³; en cualquier caso, significa llamar la atención de que la solución no es puramente automática en favor del deber de denuncia, o a la inversa, sino que hay que ponderar en cada caso concreto el criterio a seguir.

1.2.3. Declaración como perito o testigo

En estos casos, el médico perito, al hacerse cargo de un peritaje, debe comunicar mediante su informe los resultados a que le conduzca su estudio. Cuando la pro-

²² Esta responsabilidad mayor se refiere especialmente al delito de omisión de denunciar determinados delitos (art. 338 bis. 2 del CP)

²³ V. más extensamente al respecto, José CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, II*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 48 y s.

puesta es a instancia de parte, recibe el consentimiento para practicar los actos médicos necesarios para su misión, por lo que el interesado releva al médico de su obligación de secreto, esta situación sería similar a la que se presenta en relación con los certificados médicos, en la que se da publicidad a un hecho médico con fines muy variados. Por ello el certificado sólo se extenderá a petición de las personas autorizadas jurídicamente, el propio interesado, los padres del menor, el tutor o responsable legal en los casos que lo requieran, ya que sólo el interesado o las personas legalmente autorizadas podrán relevar al médico de su obligación de confidencialidad.

1.3. Situaciones en las que el médico está obligado a guardar el secreto.

1.3.1. El médico como funcionario público.

Aun aceptando el amplio concepto penal de funcionario público ya mencionado, esta situación se presenta sobre todo en los médicos que son funcionarios públicos en sentido estricto, como médicos forenses, del registro civil o de prisiones, planteando, a veces, conflictos entre su tarea de información a las autoridades y su deber de confidencialidad para las personas a las que reconoce.

1.3.2. En materia de publicaciones científicas, docencia, estadísticas, etc.

Este derecho constitucional a la intimidad y el del mismo rango a la propia imagen (art. 18.1 de la CE) impide la publicación en obras científicas (y, por supuesto, también en los medios de comunicación social) de fotografías u otros datos que permitan la identificación del paciente si éste no ha consentido a ello con anterioridad, a pesar de que la LGS no sea todo lo explícita que debiera al respecto en el propio art. 10, pero está claramente protegido en la LO 1/1982 (art. 7.5 y 6), si bien admite excepciones, como el interés cultural relevante (art. 8.1)²⁴. En estos casos el médico adoptará medidas para que la forma de presentación de la publicación, conferencia, etc., impida la identificación de las personas a las que se refiera. En el caso de las estadísticas, la in-

formación transmitida debe reflejarse en números que impidan el conocimiento de las personas a las que se refieren dichos datos.

En los casos de docencia se presentarán los casos respetando el anonimato del paciente, aunque podría permitirse la identificación de ser necesario o inevitable para el estudio, ya que las personas a las que se dirige la docencia deben estar relacionadas con la Medicina y el paciente (médicos residentes, médicos de otros servicios, estudiantes de Medicina, comisiones hospitalarias docentes o científicas, etc.). De esta manera serviría para recordar la importancia del secreto médico y de su modalidad de "compartido" en la forma de asistencia médica actual que exige la participación de numerosas personas en la atención del paciente y los familiares, y de que también ellos están vinculados por el deber de secreto que reconocen las leyes sanitarias. El médico debe recordar al personal con el que trabaja en equipo el deber de discreción y confidencialidad hacia todo lo que se sepa o deduzca del paciente y sus familiares derivado de la relación impuesta por el ejercicio de la profesión.

1.4. Otras situaciones conflictivas

1.4.1. El médico de empresa

El médico de empresa está al servicio de la salud de los trabajadores previniendo las situaciones de riesgo derivadas del trabajo; al mismo tiempo, su relación laboral la establece con el empresario, con el que puede verse en algún momento comprometido. No obstante entre el trabajador y el médico debe existir la misma confianza que preside la relación médico-paciente y ello exige la garantía de confidencialidad del médico sobre todo aquello que conozca del trabajador, lo que es obvio cuando éste acude al primero de forma voluntaria y privada para someterse a pruebas o reconocimientos. Por otro lado, la normativa laboral ampara, como derecho de los trabajadores, el respeto de su intimidad²⁵. A esto sólo puede hacerse la salvedad sobre aquellos datos que coloquen al trabajador en situación de riesgo para él o sus compañeros de trabajo. Situaciones específicas (alcoholismo, drogadicción, etc.) se intentarán resolver de mutuo acuerdo con el trabajador antes de su comunicación oficial. Con perspectivas de futuro, se discute ya la posible obligación de informar sobre los resultados de un análisis genético que revelen la predisposición (o seguridad) del trabajador a contraer en el futuro una enfermedad grave

²⁴ No apreció tal interés relevante la STS (1.) 19 octubre 1992, en relación con una publicación que tenía por objeto la información educativa dirigida a enseñantes sobre una experiencia llevada a cabo en un colegio público, pero que insertó de forma destacada la fotografía de un niño en el momento de recibir el tratamiento de diálisis, y que fue tomada en un hospital ajeno al colegio y no tenía ninguna relación con la experiencia llevada a cabo. Confirmó, pues, la sentencia de instancia, por entender que se había producido una intromisión ilegítima del derecho fundamental a la propia imagen ya la intimidad personal y familiar.

²⁵ Art. 4.2. d. de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

de origen genético, aunque la cuestión más debatida en estos momentos gira en torno a la obligatoriedad misma de tales pruebas.

1.4.2. La confidencialidad en relación con el paciente aquejado de sida

Problema especialmente delicado surge cuando el médico descubre que el paciente o un donante de sangre han desarrollado anticuerpos del virus asociado al sida, se le plantea el deber de mantener el secreto de ese conocimiento que ha adquirido como consecuencia del ejercicio de su profesión. Este deber es una de las manifestaciones de la protección reconocida al derecho a la intimidad individual, necesidad de protección que se intensifica en relación con los enfermos del sida, dado el carácter estigmatizante y discriminatorio que se ha creado en torno a esta enfermedad, por su gravedad y por vincularla frecuentemente con actividades socialmente rechazadas (drogadicción, prácticas sexuales heterodoxas). Por tanto, junto con la obligación de informar al paciente o donante de su situación tiene además el deber paralelo de guardar el secreto respecto de ella en relación con terceros, para así salvaguardar la intimidad del interesado, con la salvedad de los demás profesionales directamente implicados en el tratamiento, en el caso del paciente. Para la garantía de la confidencialidad a que tienen derecho el paciente y el donante es necesario extremar las precauciones en el manejo, circulación y depósito o archivo de la historia clínica (art. 61 de la LGS), que se extiende también a las "discretas" contraseñas exteriores para advertir al personal tratante o que pueda entrar en contacto con el paciente.

A pesar de lo anterior, cabe preguntarse si en estas situaciones el médico tiene la posibilidad o incluso el deber de vulnerar este otro deber de secreto, en favor de terceras personas o de otros intereses ajenos o colectivos. El médico puede preguntarse, en consecuencia, si deben primar o no estos intereses de terceros frente al derecho a la intimidad del donante o paciente, en particular cuando se halla en juego la salud o la vida de las personas o la salud pública. En estas hipótesis el médico puede llegar a encontrarse ante un conflicto de deberes o de intereses y habrá que acudir al ordenamiento jurídico en su conjunto para ver si efectivamente se ha producido y cómo ha de resolverse en tal caso. Sólo en el caso en que se compruebe que priman los otros deberes frente al derecho a la intimidad del donante y correspondiente deber de secreto, el no respeto del mismo dejará de acarrearle cualquier tipo de responsabilidad (art. 8.11° CP) en los términos descritos más arriba.

El médico tiene, en primer lugar, como se indicó más arriba, el deber de dar a conocer a las autoridades

sanitarias la existencia de un caso de enfermedad infecto-contagiosa de declaración obligatoria. Para comprobar cuáles son éstas habrá que estar a lo dispuesto en la normativa correspondiente²⁶. Algunas Comunidades Autónomas han dictado disposiciones en las que se declara la obligatoriedad de dar a conocer los casos de sida detectados, como la Diputación General de Aragón, cuyo Decreto 86/1987, de 17 de julio, incluye el síndrome de inmunodeficiencia adquirida en la lista de enfermedades de declaración obligatoria (art. 1°)²⁷; no obstante, se establece también la obligación de garantizar, tanto por las fuentes declarantes, como por la Administración, la confidencialidad de los datos que se generen en aplicación de la presente normativa y el uso exclusivamente sanitario de los mismos (Art. 4°). Por otra parte, y ya dentro del ámbito del Estado, la LO de Medidas Especiales en materia de Salud Pública de 1986 faculta a las autoridades sanitarias competentes para adoptar determinadas medidas cuando lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad, entre otras las destinadas a controlar las enfermedades transmisibles, pudiendo afectar a grupos de población, a los enfermos y a las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos (arts. 1° a 3°). Pues bien, una de esas medidas puede consistir en el deber de comunicar los casos de sida detectados (aunque, según parece imponerse en los foros científicos internacionales, no se estima conveniente la adopción de medidas drásticas, por ineficaces o contraproducentes). obsérvese que esta Ley puede afectar también al derecho fundamental de la intimidad individual, pero siempre en los términos de confidencialidad compartida indicados. De forma semejante puede concluirse en relación con los funcionarios de Instituciones Penitenciarias, en particular los médicos de prisiones, advirtiendo de la posición de garante que tienen tales funcionarios en relación con la vida y la salud de los reclusos, según prescribe la Ley General Penitenciaria (art. 3.4), lo que también podrá situarles ante una colisión de deberes²⁸.

Por razones familiares, laborales o de otro tipo (relativa, p. ej., a la suscripción de pólizas de seguros de vida) se puede acudir al médico tratante o al hematólogo

²⁶ Así, con carácter general el Decreto 26 julio 1945, por el que se aprueba el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfectación y desinsectación; el Real Decreto 30 julio 1982, por el que se dictan normas complementarias sobre enfermedades de declaración obligatoria, Resolución de la Dirección General de la Salud Pública de 22 diciembre 1981, con la lista de enfermedades de declaración obligatoria.

²⁷ Otras Comunidades Autónomas que han dictado disposiciones semejantes: Cataluña (O. 16 diciembre 1987), Madrid (D 21 abril 1988), Islas Baleares (D 7 julio 1988), Galicia (O. 7 noviembre 1989), Murcia (O. 28 noviembre 1989).

²⁸ V.J.M. SILVA SANCHEZ, "El sida en la cárcel. Algunos problemas de responsabilidad penal", en *La Ley*, n° 3145, 1991, p.4.

con la pretensión de que aclare las sospechas existentes de que un donante o un paciente suyo o de su Servicio ha contraído la enfermedad o es portador de los anticuerpos del síndrome; o el médico mismo puede plantearse en casos semejantes si tiene el deber de tomar él la iniciativa y revelar la situación de su paciente. En ninguna de ambas situaciones tiene deber el médico de revelar la condición de su paciente (o donante), es decir, no está obligado a realizar acción alguna²⁹. Ahora bien, en el caso excepcional de que tenga la evidencia comprobada de que existe un peligro real de contagio para un tercero (p. ej., el cónyuge), y con ello un peligro, también real, para su vida o grave para la salud, y en el caso de que el afectado no esté dispuesto a comunicar su situación a ese tercero y/o a tomar medidas preventivas adecuadas, el médico podrá revelarla, pero no como deber jurídico, amparado por un estado de necesidad justificante de su conducta (art. 8º, nº 7º del CP), siempre que se den todos los requisitos, de entre los que podemos destacar ahora el que exige que el mal causado (el atentado contra la intimidad del paciente o donante) sea menor -excepcionalmente: igual- que el mal que trata de evitar (la pérdida de la vida o menoscabo para la salud del tercero). Aun así, no existe pronunciamiento por parte de los Tribunales de Justicia sobre algún caso similar que nos sirviera de referencia, como tampoco se ha acudido al Juez para que autorice revelar un secreto por razones imperiosas.

1.5. Perspectivas de reforma

Desde el punto de vista del Derecho Penal hemos expresado nuestra opinión sobre la insuficiencia de la protección del secreto y de algunas manifestaciones de la intimidad (p. ej., la referente a los datos procesados automatizadamente), con sus repercusiones directas para el médico; además, debe insistirse en el trato igualitario que debe presidir en nuestro ordenamiento jurídico la protección del secreto de todos los profesionales y las excepciones que debieran mantenerse, sin perjuicio de considerar las peculiaridades de las profesiones más directamente implicadas con el secreto. En este sentido conviene aludir a las previsiones de reforma, sustanciadas en este momento en el decaído Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1992. El PCP 1992 dedica el Título IX a

los "Delitos contra la intimidad y el domicilio", delimitándose, entre otros, aquellos que afectan a la intimidad y el secreto de las comunicaciones (arts. 198 a 200) y al derecho a la propia imagen (art. 201). Adelantemos ya que destaca la protección penal de los datos reservados de carácter personal recogidos en cualquier fichero o registro, incluidos los informáticos (art. 198. 2 y 4). Por otro lado, el Capítulo IV del Título XVI ("Delitos contra la Administración Pública") trata "De la infidelidad en la custodia de documentos y de la violación de secretos", que afectan a los funcionarios públicos, circunstancia ésta que, al ser frecuente entre los médicos, merece mención en lo específicamente referido al secreto.

1.5.1. Protección del secreto o la intimidad en atención a los medios utilizados para su agresión

De ello se ocupa el art. 198 PCP 1992:

"1. El que, para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas o cualesquiera otros documentos o efectos personales, o utilizar instrumentos o artificios técnicos de escucha, transmisión o grabación del sonido, la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses. 2. Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere de datos reservados de carácter personal o familiar de otro, registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado. 3. Se impondrá la pena de prisión de uno a tres años si se difundieren o revelaren a terceros los datos reservados descubiertos a que se refieren los números anteriores. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses, el que con conocimiento de su ilícito origen, y sin haber tomado parte en su descubrimiento, realizare la conducta descrita en el párrafo anterior. 4. Si los hechos se realizaren por las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, archivos o registros, se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años, y si difundieren o revelaren los datos reservados, se impondrá la pena de prisión de tres a cinco años".

El primer párrafo supone una notable mejora de la redacción de los actuales arts. 497 y 497 bis, que se completa muy bien con lo dispuesto en el párr. 3, en particular en su segundo inciso (también aplicable al párr. 2º), conducta que con el CP vigente a la vista, resulta indebidamente impune. El PCP 1992 prevé también un delito relativo al apoderamiento sin autorización de datos reservados de carácter personal o familiar de otro registrados en ficheros, soportes informáticos o cualquier otro tipo de archivo o registro, público o privado (art. 198.2). Contamos ya con los antecedentes del Proyecto de 1980 (art. 199) y de la Propuesta de 1983 (art. 189), pero, en principio, la conducta típica queda mejor definida en la versión del Proyecto, aunque persiste una remisión implícita a la LORTAD (art. 3, d, y 11) cuando se alude "al que sin

²⁹ En términos muy diferentes se ha planteado y resuelto la cuestión en la jurisprudencia y la literatura norteamericanas, quienes probablemente han llevado demasiado lejos el deber del médico de romper el secreto profesional relativo a su paciente con el fin de evitar o prevenir de peligros a terceros en relación con otras enfermedades (sobre todo mentales) y lo pretenden trasladar a ésta. V. sobre la discusión, Lee S. FRUMAN, *Aids and the Physician's Duty to Warn*. en "Medicine and Law", vol. 10, nº 5 y 6, 1991, 416 y ss. y 515 y ss.

estar autorizado". Por otro lado, el Proyecto contrae su protección a la intimidad personal o familiar, en cuanto que la acción ha de recaer sobre "datos reservados", habiendo renunciado, por consiguiente, a otras manifestaciones de la protección de los datos, como es la llamada "identidad informática", que garantiza no sólo -como bien instrumental- la "libertad informática" sino el libre ejercicio de otros derechos y libertades públicas de los individuos; ello contrasta con la Propuesta de 1983, que incluía la manipulación de la información obtenida; no obstante, la LORTAD establece mecanismos preventivos frente a éste y otros comportamientos abusivos. Sin embargo, parece insuficiente su planteamiento actual, al menos en relación con dos comportamientos especialmente graves, que pueden afectar no sólo a la intimidad, sino también a otras facetas de los datos personales: la utilización de los mismos por el que acceda a ellos sin autorización, aunque sea para sí, puesto que el "apoderarse" con que se describe la acción típica es dudoso que cubra la sola utilización de los datos, en el sentido de mera captación intelectual de su contenido y significado y no su aprehensión material; así como la alteración intencionada de los datos personales, dada la potencialidad altamente dañosa que implica este comportamiento. Con ello no pensamos que se rebase el principio de intervención mínima, ni que en atención a este principio sea conveniente introducir otros hechos, que tienen la cobertura adecuada como infracciones administrativas en la LORTAD (art. 43). Por consiguiente, el art. 198.2 debería concluir con la siguiente frase: "*o los utilizar o modificar en perjuicio de otro*". Con la presencia del elemento subjetivo se restringiría suficientemente el delito. Debería establecerse un *tipo culposo* para el encargado o responsable del fichero, además de los comportamientos dolosos cometidos por éstos que se recogen (art. 198.4), cuando los hechos dolosos a que alude el art. 198 fueran cometidos por terceros como consecuencia de imprudencia grave de dicho encargado o responsable, de modo semejante al delito que se establece en otro lugar para la autoridad o el funcionario en relación con los secretos (art. 399)³⁰.

³⁰ V. M. ROMERO CASABONA, *El Anteproyecto de Código Penal de 1992*, en "Presupuestos para la Reforma Penal", Centro de Estudios Criminológicos, Universidad de La Laguna, 1992, pp. 21 y s.

1.5.2. El secreto laboral o profesional

Como vamos a comprobar, constituye otra importante novedad en el PCP 1992.

Art. 1991.1. "El que revelare los secretos ajenos, de los que tuviere conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses. 2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgare los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años".

El Proyecto recoge como innovación el que aparezca tipificada la revelación del secreto y específicamente la revelación de aquellos datos de las personas que deben considerarse secretos y que se han conocido en razón del oficio, trabajo dependiente o la profesión; algo que venían exigiendo los penalistas con carácter general para todas las profesiones desde hace años. Por lo que se refiere a este último, no cabe duda ya de su obligación, impuesta penalmente; significa reconocer la existencia de un secreto médico en sentido positivo, ya que los datos a los que accede el médico afectan en todos los casos a la esfera más íntima de la persona (la condición misma de paciente, sus características psicológicas, sus problemas físicos, sus hábitos, sus sentimientos, sus preocupaciones, etc.), y su divulgación contradice, claramente, el derecho a la intimidad personal y familiar. Con esta redacción reciben el mismo tratamiento todos los profesionales, lo cual no sucede en la Ley de Enjuiciamiento Criminal cuando, tras imponer la revelación del secreto a los médicos en la denuncia de delitos, exime de tal obligación a los abogados, procuradores, eclesiásticos y ministros religiosos. Desde nuestro punto de vista el secreto debe ser protegido por igual en todas las profesiones, debiendo quedar claramente tipificadas las conductas y las penas correspondientes a la divulgación de los datos motivo del secreto.

No obstante, es comprensible que en algunas ocasiones admitamos socialmente la relatividad del secreto profesional. Eso sólo podrá suceder cuando el beneficio colectivo justifique el perjuicio individual. Esta relatividad estaba ya en la formulación del Juramento Hipocrático y aparece en la actual redacción cuando es un funcionario público el que revela el secreto "... y que no deban ser divulgados...", sin embargo no ocurre así en los artículos generales de protección al secreto y al secreto profesional, cuando el obligado a guardarlo no tiene la condición de funcionario público. No obstante, se comprende que en el caso de la denuncia de delitos (impuesta en el Código Penal y la comunicación de enfermedades infec-

to-contagiosas) fundamentalmente, son circunstancias que justifican la comunicación a las autoridades competentes en cada caso, pues estaría amparado por la eximente de la responsabilidad de obrar en el cumplimiento de un deber (art. 8º n° 11 del CP vigente, art 19 n° 8 del PCP 1992). Esta línea argumental permite dar un sentido más coherente a la redacción del Proyecto, que puede ser algo impreciso cuando dice: "El profesional, que con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva..."; pues no prejuzga cuál de las dos alternativas interpretativas es la correcta (sobre lo que no nos podemos detener ahora): si el PCP establece una obligación jurídica de secreto, tal obligación habrá de extraerla (y por tanto, también su infracción) de otros sectores del ordenamiento jurídico, como las disposiciones específicas que hemos mencionado sobre el secreto médico.

1.5.3. Protección de la propia imagen

Pretende el Proyecto cubrir también una laguna sobre la protección penal del derecho a la propia imagen, que estando bien protegida en el ámbito civil (LO 2/1982), plantea dudas sobre el acierto y justificación de la intervención penal, a la vista del principio de subsidiariedad, *ultima ratio* e intervención mínima del Derecho Penal:

Art. 201: "1. El que utilizare, por cualquier medio, la imagen o el nombre de otra persona, sin su consentimiento, con fines profesionales, comerciales o publicitarios, será castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de seis a doce meses (...)"

1.5.4. Revelación de secretos por parte de funcionario público o autoridad

Los preceptos del CP relativos al descubrimiento de secretos e informaciones por parte de los funcionarios públicos (arts. 367 y 368) son de reciente incorporación³¹, lo que significa que han experimentado una revisión y actualización, en particular liberándoles de "la angostura del texto anterior o Por tal motivo el PCP 1992 ha tomado literalmente la redacción vigente, añadiendo la punición de la modalidad culposa, alusión necesaria si se pretende su incriminación, dado que el Proyecto parte del principio de castigo excepcional de esta clase de infracciones (arto 11), lo que requería una técnica legislativa distinta a la de las cláusulas generales actuales (art. 565). Por consiguiente, en cuanto tal Proyecto no procede una valoración negativa en comparación con lo actual, pues es idéntico. Por otro lado, el texto del actual 367 (más

directamente implicado con la actividad médica que el 368) permite, como acabamos de apuntar, una mejor cobertura de esta clase de infracciones penales cometidas por los funcionarios. por cuyo motivo hemos de calificarla de satisfactoria y por ello también su transcripción en el art. 398 del PCP:

Artículo 398: "El funcionario público o autoridad que revelare los secretos o cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultare grave daño para la causa pública. o para tercero, la pena será de prisión de seis meses a tres años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años. Si se tratare de secretos de un particular, las penas serán las de prisión de seis meses a un año, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años".

Artículo 399: "Cuando los secretos se conocieren a causa de imprudencia grave de la autoridad o funcionario, se impondrá la pena de multa de seis a doce meses".

Artículo 400: "El funcionario público o autoridad que haciendo uso de un secreto de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, obtuviere un beneficio económico para sí o tercero, será castigado con las penas de multa (...). A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón de su oficio o cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada".

2. LA HISTORIA CLINICA. LA "CONFRONTACION ENTRE EL DERECHO DE ACCESO A LA MISMA y LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL" MEDICO y DE LA INTIMIDAD DEL PACIENTE

2.1. Naturaleza jurídica y propiedad de la historia clínica

Esta materia plantea interesantes y nuevos problemas legales, que afectan no sólo a la intimidad y confidencialidad analizadas más arriba, sino también al acceso a la historia clínica, que puede confrontar legítimos intereses del paciente y del propio médico. Por otro lado, estamos asistiendo al hecho de que el paciente que hasta entonces nunca había poseído material ni intelectualmente su historial médico, ahora, puede llevarlo consigo - o parte de él- como portador material gracias a las llamadas tarjetas magnéticas de memoria electrónica en las que está registrado digitalmente el historial clínico o parte de él- de su portador, por lo que parece hallarse. al borde de convertirse en tenedor material de su fichero médico. La

³¹ En efecto, su redacción actual viene de la LO 9/1991, de 22 de marzo.

respuesta a la cuestión de hasta qué punto pertenece al médico la propiedad de la historia clínica, informatizada o no, es crucial a efectos, p. ej., de determinar procedimientos de revelación lícita de los datos, y el derecho de acceso a la historia clínica por parte del paciente. Por otra parte, la casi ya generalizada informatización de los datos clínicos y otros de los pacientes ofrece nuevas perspectivas que han provocado el reforzamiento de la protección de estos datos, en particular mediante la fijación informática de diferentes niveles de acceso a los mismos, en función de su contenido y función, así como garantizar el acceso a los mismos por parte de los afectados. A este respecto debemos recordar de nuevo la Ley Orgánica sobre la regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal de 1992, que garantiza una protección genérica reforzada de los datos relativos a la salud, aunque también establece el acceso y utilización de los datos de los pacientes por parte de los centros sanitarios y de los profesionales mediante remisión a la legislación específica.

Con todo, esta cuestión ha presentado puntos de vista divergentes en el derecho español³², desde autores que rechazan cualquier derecho intelectual del médico sobre la historia clínica, hasta quienes afirman la existencia de una creación intelectual (científica) en la historia clínica que él ha elaborado (al menos parcialmente), por lo menos en aquellos componentes que no se limitan a una mera recopilación y relación de datos o de información, como sería la emisión del juicio diagnóstico y del pronóstico o las diversas valoraciones y apreciaciones que el médico va emitiendo a lo largo de proceso del tratamiento del paciente; bien es cierto que esta segunda postura suele utilizarse como presupuesto para negar a continuación al paciente el derecho de acceso a su propia historia clínica.

De acuerdo con quienes sustentan la primera tesis, no cabría plantearla en términos globales en nuestro Derecho, pues sólo de modo forzado y distorsionando la Ley de Propiedad Intelectual (LPI)³³, que considera ob-

jeto de tal propiedad las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, enumerando entre otros objetos los programas de ordenador o software, podría sostenerse otra orientación. Pero no debe confundirse el software con los hechos o datos fácticos, que si bien están digitalizados y su acceso y recuperación está regulado por los programas del software, es mera información digitalizada, no el programa lógico de operaciones que constituye su soporte y del que cabe predicar el carácter de creación original del ingenio. Además, el derecho de autor del facultativo carecería de contenido; desde luego no habría lugar al derecho patrimonial de autor ni tampoco derecho moral, si no se confunde con la facultad y deber de evitar que la información de la historia clínica sea tratada o transmitida a persona no autorizada o para fines ilegítimos.

Por el contrario, quienes defienden el derecho de propiedad intelectual sobre la historia clínica y los informes médicos en general, se apoyan en el innegable contenido de creatividad científico-intelectual de algunos de sus registros más relevantes (como son el juicio diagnóstico y pronóstico, la prescripción del tratamiento y demás valoraciones u observaciones que incluya en la historia)³⁴, y que, en términos genéricos, es admitida por la LPI como objeto de tutela (arts. 1º y 10).

En mi opinión, la historia clínica contiene componentes heterogéneos desde el punto de vista jurídico. En ellos hay que distinguir, en primer lugar, los relativos a la organización y gestión administrativa y económica del centro; en segundo lugar, los que se refieren a datos identificadores del paciente y otros datos directa o indirectamente relativos a su enfermedad aportados por el paciente o deducidos por el propio médico aun sin conocimiento de aquél; y, finalmente, los resultados de las exploraciones directas o a través de instrumentos o sustancias, en la medida que comporten un juicio o deducción derivados de los conocimientos profesionales del médico (frecuentemente, distinto del médico tratante), así como la emisión del juicio diagnóstico y pronóstico, la prescripción del tratamiento correspondiente y la evolución de éste; habría que añadir como otro componente más las anotaciones subjetivas del médico en relación con las reacciones y actitudes del paciente, que son de especial importancia en algunos casos, como el tratamiento psiquiátrico. Sólo los mencionados en tercer lugar son susceptibles de ser considerados como creación científica objeto de derecho de propiedad intelectual, del que

³² V. sobre el particular, R. DE ANGEL YAGÜE, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", en *La Ley*, n° 1647, 1987, pp. 1 y ss.; A. LUNA MALDONADO, "Problemas médico-legales de la historia clínica en el ejercicio libre de la Medicina", en *Los derechos del enfermo*, (Consejería de Sanidad y Consumo, Murcia 1987), pp 73 y ss.; A. LUNA/E. OSUNA, "Derecho del paciente al acceso a su historia clínica", en *Medicina Clínica*, n° 88, 1987, pp. 59. s.; F. VALENZUELA/A. LUNA, "Problemas médico-legales de la historia clínica: el acceso a la misma", en *Los derechos del enfermo* (Consejería de Sanidad y Consumo, Murcia 1987), pp. 83 y ss.

³³ Ley 22/1987, 11 noviembre 1987, de Propiedad Intelectual (LPI), art. 10.

³⁴ Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 3.

es titular el médico o médicos que han participado directamente en su creación. Sin embargo, cuando la actividad profesional es desempeñada en un centro sanitario de titularidad pública (o por cuenta ajena, en uno privado) la naturaleza de prestación de servicio público y por cuenta ajena comporta que la titularidad corresponda a la institución pública (o privada), sin perjuicio de que el médico tenga cierta capacidad de control sobre su utilización por terceros, como veremos más abajo. Como apoyo de esta conclusión hay que tener en cuenta que la LPI prescribe que la transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo realizarse éste por escrito; y a falta de pacto escrito (que en esta materia será lo más frecuente), se establece la presunción de que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral (art. 51.1 y 2). Por tanto, no cabe duda que el médico que presta sus servicios en un centro sanitario público o en uno privado por cuenta del propietario del mismo, mantiene las relaciones que menciona la LPI y transmite los derechos de explotación (p. ej., reproducción, distribución y transformación) de la historia clínica para que el centro pueda desarrollar su actividad. De todas formas, no parece que sea una cuestión definitiva para el asunto que nos ocupa determinar la naturaleza jurídica de las historias clínicas y demás registros médicos, aunque sí zanja la duda sobre la titularidad de la historia clínica, que corresponde al centro en los supuestos mencionados, y de modo indirecto, que sea cual fuere el alcance del reconocimiento de acceso a la misma por parte del paciente, éste no podrá exigir la transferencia del documento original.

2.2. Acceso a la historia clínica por el paciente

El Derecho español ha resuelto el problema relativo al acceso de los pacientes a sus historias clínicas en sentido afirmativo y sin restricciones de ningún tipo en la propia LGS, cuando establece que la historia clínico-sanitaria única 'estará a disposición de los enfermos', y que 'los poderes públicos adoptarán las medidas para garantizar dichos derechos y deberes' (art. 61)³⁵. Con

posterioridad a la promulgación de la LGS no parece que se haya adoptado este tipo de medidas.

Esta disposición merece dos reflexiones. La primera de ellas consiste en que al aludir a la historia clínica de forma general, no importa el soporte en que se halle recogida, papel o informático, de modo que lo que sobre ellas se dice abarca todas las modalidades en las que una historia clínica puede registrarse, entre ellas la informatizada; por lo que el derecho de acceso a la misma que se reconoce en la LGS al paciente se extiende del mismo modo a la soportada informáticamente.

En segundo lugar, queda pendiente la cuestión de que a qué partes de la historia tiene realmente derecho el paciente en lo que se refiere a las precauciones que se prevén por lo general en Derecho comparado de evitar efectos contraproducentes para el propio paciente derivados de su acceso directo sin el filtro del médico (lo que estaría estrechamente vinculado con el proceso, que no necesariamente acto, de la transmisión de la información a que tiene derecho el paciente), como por las exigencias de este mismo de salvaguardar a su vez su propia intimidad, cuando en la historia se recogen apreciaciones subjetivas relativas a su paciente. Como hemos visto, la LGS encomienda a los poderes públicos parte de esta tarea, pero no de modo absoluto, pues únicamente se refiere a medidas para garantizar los derechos y deberes que el correspondiente precepto menciona (art. 61), y en este caso se plantea la duda de si pueden introducirse restricciones de acceso no deducibles de la Ley; del referido precepto no se puede deducir alguna forma de restricción aplicable en la actualidad.

En cuanto a cómo conciliar el reconocimiento de acceso ('estar a disposición') a la historia clínica con la presencia en ella de determinados componentes eminentemente subjetivos del médico (apreciaciones subjetivas sobre la actitud o comportamiento del paciente, de sus reacciones, etc.), que podrían afectar a su propia intimidad (y aunque hay que insistir en que la Ley no distingue, sino que tan sólo encomienda la fijación de derechos y deberes a los poderes públicos), que también debe ser protegida, habría que tener presente la finalidad perseguida por el paciente al hacer uso de esta disponibilidad.

³⁵ El texto completo del art. 61 dice así: "En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y el tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o

para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes".

2.2.1. Obtención de información suplementaria personal

Si lo que pretende es estar informado, una vez terminado el tratamiento o, incluso, en el transcurso del mismo o de su ingreso en el hospital, no es suficiente para intentar negar su acceso alegando que, como derecho reconocido por la LGS, dentro del catálogo de derechos que se reconocen a los usuarios (art. 10.4 y 5), esa información corresponde al médico, que puede actuar de enlace entre paciente e historia clínica, por cuya razón no estaría justificado que el paciente accediera directamente a la historia. Tampoco es suficiente para negarle ese acceso, razonar que cuando es dado de alta el paciente tiene derecho al Informe de Alta,³⁶ donde, entre otras informaciones que debe contener, figura un extracto de la historia clínica³⁷, por cuyo motivo esa disponibilidad se habría satisfecho por este procedimiento. No pueden aceptarse estas posibles argumentaciones, porque en dichos preceptos se recogen unos derechos del paciente diferentes al reconocimiento que incluye el art. 61, sin perjuicio de estimar que aquellas previsiones legales dan cumplida respuesta en la gran mayoría de los casos a las pretensiones de los pacientes de obtener información adecuada. Sin embargo, para dar satisfacción a esa posible exigencia del paciente específicamente reconocida por la ley, deberá aportársele una copia de la historia, de la que se hayan eliminado únicamente las referidas apreciaciones subjetivas del médico, con el fin de proteger también su propia intimidad, salvo que consienta expresamente en su entrega³⁸. Esto supone admitir que esa disponibilidad en esos casos no es directa, con el fin de poderla conciliar con el derecho del médico; pero tampoco tiene por qué ser éste el que aporte dicha información o copia, sino que podría corresponder al servicio de archivo del centro, sin perjuicio de la intervención del médico para asegurarse de que no se perjudica su intimidad o de que se le consulte previamente sobre el particular,

³⁶ Art. 10. 11 LGS: "[Todos tienen derecho:] A que quede constancia por escrito de todo su proceso. Al finalizar la estancia del usuario en una institución hospitalaria, el paciente, familiar o persona a él allegada recibirá su informe del Alta". Como ya señalé, el art. 10, últ. párr., establece este derecho también en relación con los centros privados.

³⁷ V. OM 6 septiembre 1984, por la que se regula la obligatoriedad del informe de Alta, el cual es obligatorio en relación con los pacientes que han sido atendidos en un establecimiento sanitario, público o privado, y han producido al menos una estancia (art. 10). El art. 3º, 4, e, menciona entre la información que debe incluir, el resumen de la historia clínica y exploración física del paciente.

³⁸ De parecida opinión, aunque con ciertas restricciones, LUNA/OSUNA, "Derecho del paciente al acceso a su historia clínica", cit., p. 60.

2.2.2. Continuación o inicio de un tratamiento en otro centro o con otro profesional

En este caso los intereses de la salud del paciente tienen mayor importancia que su derecho a la información contemplado en el supuesto anterior, por lo que deben conciliarse debidamente con el interés del médico que confeccionó las partes de la historia clínica en las que constan sus apreciaciones subjetivas, las cuales pueden ser de gran utilidad para el médico que ahora tenga a cargo al paciente. De este modo, si el paciente quiere hacer uso de esa disponibilidad y lo solicita, se remitirá la copia íntegra de la historia al médico o centro correspondientes, quienes deberán hacer uso reservado de tales componentes, por estar obligados también en relación con el colega por el secreto profesional (art. 7.4 de la LO 1/1982; art. 61 de la LGS). Si el paciente, no obstante, solicita que se le entregue a él, se le podrá entregar el extracto en los términos mencionados en el apartado anterior.

2.2.3. Utilización en un procedimiento judicial

Se aplicarán los mismos criterios a que nos referimos más abajo, cuando nos ocupamos del acceso a la historia por terceros o con fines de investigación judicial en un proceso.

2.3. Acceso de terceros con fines de inspección, estadísticos o científicos.

No cabe duda de que también es posible el acceso a la historia clínica con estas finalidades, incluso cuando la historia esté informatizada, procesamiento que precisamente facilitará normalmente la realización de actividades científicas (p. Ej., investigación o docencia), de inspección o estadística.

A este respecto la Ley reconoce la disponibilidad a efectos de inspección médica o para fines científicos en el mismo precepto que lo hace para los pacientes (art. 61), siempre que se garantice -dice la Ley- el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica³⁹. Por lo que se refiere a los estudios estadísticos, el secreto para la protección de los datos personales obtenidos por los servicios estadísticos

³⁹ Téngase en cuenta también que este deber alcanza a los centros privados de forma general (art. 10., últ. párr., de la LGS), pudiendo ser causa de denuncia del Convenio que pudiera existir entre el centro privado y la Administración Pública sanitaria cuando se hayan lesionado los derechos contenidos en el art. 18 de la CE (entre otros), y haya sido determinado así por sentencia (art. 67.4, e, de la LGS).

cos, tanto de los informantes cuanto de las Administraciones Públicas, viene establecido por la Ley de la Función Estadística (arts. 13 a 22)⁴⁰. En cuanto a la investigación y estadística el respeto a la intimidad del paciente y el deber de secreto comporta su anonimato, esto es, su no identificación, tanto de su nombre u otros datos que pudieran permitir una fácil identificación, cuanto de fotografías (p. ej., para su inserción en revistas científicas), si no ha consentido previamente. Aunque no se deduce del texto legal, sería conveniente que ni el investigador ni el estadístico tuvieran acceso a estos datos del paciente, lo que debería ser tenido presente por los poderes públicos, cuando de acuerdo con el imperativo legal, adopten medidas que garanticen esos sus derechos. Por lo que se refiere a la inspección, esta no identificación del paciente no parece oportuna, con el fin de entorpecer sus funciones, quedando a salvo siempre el deber de guardar secreto.

El reconocimiento de un derecho de propiedad intelectual del médico sobre algunos componentes de la historia clínica encuentra así otra limitación, además de la de su pertenencia (o, al menos, el derecho de explotación) al centro para el que trabaja y la posibilidad de acceso a la misma por el paciente; la limitación consiste ahora en que no puede oponerse a su acceso por terceros para estos otros fines, en concreto para fines científicos, como son los de investigación. Sin embargo, sí que podría ser exigible que se cite la proveniencia de la(s) historia(s), mencionando, p. ej., el servicio y centro en donde se confeccionó, o el médico que la elaboró.

2.4. Acceso a la historia para fines de investigación judicial

La historia clínica puede constituir un documento de la máxima importancia en un proceso como elemento de prueba en procesos de diversa naturaleza.

Si se trata de un proceso penal, el inculcado puede ser tanto el médico como el paciente. En cuanto a éste, el médico y, en general, los responsables del centro, podrían alegar el secreto profesional, que, como es sabido, apenas encuentra adecuada garantía en nuestro ordenamiento jurídico, y ha planteado numerosos problemas con algunas profesiones, en primer lugar la periodística, pero también la médica. Ya hemos señalado que la CE de 1978 declara que la ley regulará los casos en que por

razón de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos (art. 24.2), y que tal desarrollo legal no ha tenido todavía lugar. De todos modos, en atención a la ubicación de esta prescripción constitucional junto a los demás derechos fundamentales, se ha sugerido que podría alegarse directamente para justificar la no entrega de la historia clínica al juez⁴¹, pero resulta dudoso, puesto que corresponde a la ley delimitar los supuestos, como indica la CE. Nuevamente nos encontramos aquí con la colisión de deberes aludida más arriba; que deberá resolverse, según apuntaba entonces, en atención a los intereses en juego presentes en el caso concreto. Sin embargo, ha de tenerse presente que aquí el deber de secreto puede entrar en colisión con otros deberes distintos, como el de atender al requerimiento del juez de entregar la historia clínica, para no incurrir en un delito o falta de desobediencia (arts. 237 y 570 n° 1 del CP, respectivamente), o de no prestar la debida cooperación con la administración de justicia, si se trata de un funcionario público desde el punto de vista penal (art. 371.1 y 2 del CP).

Más problemático parece cuando la entrega de la historia a la autoridad judicial ocurra en un proceso en el que se inculpa al médico, probablemente por una supuesta negligencia en relación con algún paciente suyo (precisamente, el sujeto de la historia clínica). Se razona en ocasiones que el médico no está obligado a entregarla, apoyado en el derecho fundamental de no declarar contra sí mismo (art. 24.2 de la CE), y que el centro sanitario tampoco, en cuanto mero depositario de aquélla⁴². Sin embargo, no parece que de la entrega de la historia clínica pueda deducirse una autoinculpación para el médico, pues la historia y lo que de ella se interprete, es un elemento más que junto con otros elementos de prueba llevará o no a la convicción del juez de la culpabilidad del profesional. Además, por parte del paciente existe el derecho, también fundamental, a obtener la tutela efectiva de los tribunales y jueces en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión (art. 24.1 de la CE). Finalmente, he defendido más arriba que frecuentemente el centro sanitario no es un mero depositario de la historia clínica, sino su propietario, y a éste no cabe duda de que no le afectan las posibles restricciones de entrega comentadas. Esto significa que en estos casos es legítimo el acceso a la historia clínica íntegra.

⁴⁰ Ley 12/1989, 9 mayo. Por su parte, la LGS establece como competencia de la Administración del Estado la realización de estadísticas (art. 40.13), sin perjuicio de las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas, ya ejercidas legislativamente por algunas de ellas.

⁴¹ En este sentido, DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 5.

⁴² Así lo entiende DE ÁNGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 6.

En cuanto a otra clase de procesos civiles, laborales o contencioso-administrativos, deben conciliarse el derecho a la confidencialidad del paciente sustentado en la protección de su intimidad -que sabemos está reforzada cuando afecta a su salud-, de forma que no se ponga a disposición del juez la historia clínica si no lo consiente el paciente⁴³, como el derecho de éste de acceso a la misma si así lo solicita. Piénsese que en ocasiones puede perjudicar a sus intereses y en otras beneficiarle.

⁴³ De forma semejante, con más extensa fundamentación, DE ANGEL YAGÜEZ, "Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario", cit., p. 6.

Sobre la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: Un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica

Ricardo de Ángel Yáguez

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Deusto. Abogado

1. Antecedentes. 2. Los recursos de casación. 3. Un problema que no llegó a la casación: la relación entre una compañía de asistencia sanitaria y los médicos incluidos en sus listas. 4. La relación entre los médicos y las clínicas privadas. 5. La individualización de la especialidad médica en el acto quirúrgico: absolución del cirujano. 6. La condena a la anestesista: ¿un caso de "culpa virtual"?

1. ANTECEDENTES

1. El título de este comentario jurisprudencial puede parecer aparatoso. Pero creo que no lo es, porque pocas sentencias han tenido o tendrán oportunidad de considerar tan variados e interesantes aspectos de lo que en terminología un tanto convencional denominamos "responsabilidad médica", expresión a la que acudimos porque la más rigurosa de "responsabilidad civil del médico" queda corta ante los problemas planteados en el caso y ante el contenido de la resolución.

Por otro lado, el asunto entrañaba a su vez otro problema muy sugestivo, que el Tribunal Supremo no tuvo oportunidad de afrontar porque había quedado zanjado en la apelación. Quiero decir que el pronunciamiento de la Audiencia al respecto no fue objeto de recurso de casación, lo que evidentemente lo excluía de la contemplación de la Sala Primera. No obstante, creemos digno de interés mencionarlo aquí, como en efecto haré más adelante.

2. Sin perjuicio de transcribir enseguida el fundamento de Derecho primero de la sentencia, que reproduce fielmente los hechos centrales del caso, conviene sintetizarlo diciendo que se trataba de la demanda de menor cuantía (de entonces) que en diciembre de 1988 entablaron ante el Juzgado de Primera Instancia de Bilbao Don Bernabé y Doña Carmen, actuando en nombre y representación de su hijo Don Eduardo, mayor de edad, en ejercicio de la patria potestad prorrogada.

La demanda se planteó contra Don H., cirujano, Doña B., anestesista, Clínica V., S.A. e I.M., compañía de seguros de asistencia sanitaria. Los actores, en la representación en que actuaban, solicitaban que se condenase a los demandados al pago de la indemnización de cien millones de pesetas, en concepto de indemnización de los daños experimentados por su hijo Don E. como consecuencia o con ocasión de una intervención quirúrgica a la que había sido sometido.

Don H. era el cirujano que había operado al paciente y Doña B. era la anestesista que había desempeñado su función como tal en el curso del acto quirúrgico. Este último se había realizado en uno de los quirófanos de la Clínica codemandada. Por otro lado, la demanda contra la aseguradora I.M. se basaba en la circunstancia de que, estando asegurado en ella el paciente Don E., había acudido, en razón a su dolencia, al cirujano Don H., uno de los profesionales de esta especialidad incluidos en las listas de médicos de la referida compañía de seguros y de entre los cuales los asegurados podían elegir libremente.

Los demandados se opusieron a la demanda, solicitando -lisa y llanamente- su íntegra desestimación, esto es, su respectiva absolución.

El Juzgado de Primera Instancia, por sentencia de 6 de julio de 1989, estimó parcialmente la demanda y declaró que todos los demandados estaban obligados, solidariamente, a satisfacer a los actores, en la representación que ostentaban, la cantidad de cincuenta millones de

pesetas en resarcimiento de los daños y perjuicios causados a su hijo Don E.

3. Apelada la sentencia del Juzgado por todas las partes personadas, los actores solicitaron en la alzada una condena en los términos cuantitativos en que habían formulado su demanda, esto es, por cien millones de pesetas. Los demandados, por su parte, solicitaron su respectiva absolución.

Vista la apelación por la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Primera, ésta dictó sentencia de 30 de marzo de 1990 cuya parte dispositiva decía así:

"Que estimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de B. y C. y la representación del I.M. y desestimando los recursos interpuestos por la representación de H. y B. y la representación de la Clínica V., S.A. contra la sentencia de 6-6-1989. dictada en autos de menor cuantía, por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Bilbao, debemos revocar parcialmente la sentencia de instancia y, en consecuencia, estimando en parte la demanda rectora, debemos condenar y condenamos a H., B. y a la Clínica V., S.A., a que abonen solidariamente a los actores la cantidad de cien millones de pesetas por daños y perjuicios, absolviendo al I.M. de las pretensiones instadas en su contra; con imposición a los demandados de las costas causadas en primera instancia, salvo las causadas por I.M., que se impondrán al actor, y respecto de las causadas en segunda instancia, se imponen a la representación de los médicos ya Clínica V., S.A., las causadas por sus recursos, sin que se haga declaración respecto a la actora y la representación del I.M."

4. Hay que hacer notar que tanto ante el Juzgado como ante la Audiencia los dos médicos actuaron bajo una única representación y bajo una única dirección letrada.

5. Como decíamos antes, el fundamento de Derecho primero de la sentencia del Supremo sintetiza los hechos capitales de este caso, en la forma siguiente:

"Por Don B. y Doña C., en nombre y representación de su hijo Don E" en virtud de la patria potestad que tienen -concedida legalmente, se formuló demanda contra Doña B., Don H., el I.M. y la Clínica V., S.A., ejercitando acción indemnizatoria de los daños y perjuicios sufridos por su citado hijo a consecuencia de la intervención médico-quirúrgica a que fue sometido: la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Bilbao dictó sentencia por la que, revocando parcialmente la dictada por el Juzgado, estimó en parte la demanda y condenó a Don H., a Doña B. y a la Clínica V., S.A., a que abonen solidariamente a los actores la cantidad de cien millones de pesetas por daños y perjuicios, absolviendo al I.M.. Parte la sentencia recurrida de los siguientes datos fácticos que, dice en su fundamento de Derecho segundo, "han quedado acreditados a través de las alegaciones de las partes y de las pruebas practicadas": a) E. (hijo de los actores) tenía concertado un seguro de asistencia médica y quirúrgica con el I.M.; b) en el mes de octubre de 1988 (sic) acudió a la consulta del cirujano H., quien diagnosticó la existencia de un quiste sacro-coxígeo, fisura anal y hemorroides, indicándole la necesidad de la operación y, previos los

análisis preoperatorios, se realizó la intervención en la Clínica V., el 7 de noviembre de 1986, bajo la dirección del cirujano H. y de la anestesista B.; el día 12 de noviembre fue dado de alta y al producirse molestias, se realiza una segunda operación el día 2 de diciembre de 1986, a la que asistió el hoy actor, médico, en condición de espectador y, al acabar dicha operación, y colocar al operado en posición normal (pasar de decúbito prono a decúbito supino) se aprecia midriasis intensa, parada cardíaca (son los datos obrantes en la hoja de anestesia al folio 115); c) como consecuencia de lo anterior, y después de reanimarle, el operado, según informe del médico forense, se encuentra afecto a un cuadro cerebral anóxico que da lugar a una demencia orgánica. Se encuentra profundamente alterada su facultad de ideación, es incapaz de expresar sus deseos, emite constantemente quejas ininteligibles, padece crisis de inquietud y agitación psicomotriz, siendo su capacidad intelectual prácticamente nula y precisando para todas las maniobras de aseo y comida la ayuda de una persona. También es precisa una vigilancia permanente del enfermo para evitar autoagresiones. El cuadro clínico es consecuencia de una anoxia cerebral en el curso de una intervención quirúrgica. Se encuentran afectados el tronco cerebral y extensas áreas cerebrales. Presenta una hemiparesia corporal derecha con afasia (incapacidad de hablar y comprender lo hablado). Se trata de una situación irreversible que incapacita al enfermo de forma permanente, tanto para regir su persona como para administrar sus bienes, siendo por ello necesaria la ayuda permanente, cuyo diagnóstico es "hipoxia cerebral masiva por paro cardíaco" (folio 55) en situación de coma vigil". En el fundamento cuarto de la sentencia combatida se sienta que "del examen de las pruebas obrantes en autos se acredita que la operación se realizó sin monitor (control de la actividad eléctrica del corazón), "por lo que esta falta de monitorización (control sobre la actividad cardíaca), imputable a los médicos actuantes en la operación, infringe las normas mínimas de cuidado exigibles en su actuación profesional, y por todo ello no detectaron la parada cardíaca al terminar la operación, es en el momento de pasar al paciente de la posición prono a decúbito supino cuando se dan cuenta -como consta en la hoja de anestesia "al colocarle en posición normal, midriasis intensa parada cardíaca"- de que ha ocurrido una parada cardíaca cuando ésta se produjo, y este hecho es determinante de las consecuencias dañosas posteriores"; "y si detectado el paro cardíaco en el momento de darle la vuelta (de decúbito prono a decúbito supino) se aplican los medios necesarios, el paciente se hubiera reanimado absolutamente, de lo que se infiere que la parada cardíaca fue anterior; de estos datos cabe imputar falta de diligencia a los médicos actuantes porque infringen la técnica normalizada y estandarizada, de falta de monitorización y de no apercibirse cuando se produjo la parada cardíaca, lo que supone una falta de vigilancia de! paciente al no haber tomado las precauciones y cuidados para evitar accidentes conforme a las reglas consagradas por la práctica médica operatoria, máxime cuando, según todos los informes periciales, la anestesia implica riesgos, y estos riesgos son previsibles y evitables" añade la sentencia que "en el supuesto de que se produjese al poner al paciente en la posición normal, según los informes periciales es un momento de alto riesgo, por lo que el cirujano y anestesista debieran haberlo realizado con la máxima diligencia"; "también concurre la aplicación tardía de! desfibrilador en el paciente, lo que conlleva el daño irreparable en el cerebro de! paciente, según informe pericial! (la parada cardíaca con anoxia cerebral duró de dos a tres minutos [folio 755] y el propio informe señala que el desfibrilador debe utilizarse antes de los 90 segundos de la parada cardíaca, y todos los informes periciales afirman que la recupe-

ración del enfermo de estas características, lo lógico y razonable es que hubiera sido satisfactoria y sin secuelas, y también coinciden que la aplicación del desfibrilador debe ser inmediata y no demorable, por lo que los medios de recuperación no fueron lo suficientemente eficaces para salvar las funciones cerebrales (folio 716)", y "concorre negligencia en el comportamiento de los médicos intervinientes, por la falta de vigilancia y el no empleo de los medios adecuados".

2. LOS RECURSOS DE CASACIÓN

Contra la sentencia de la Audiencia interpusieron sendos recursos de casación el cirujano Don H. y la anestesista Doña B. (que ante el Supremo actuaban ya bajo distinta representación y con dirección letrada distinta entre sí), así como Clínica V., S.A.

El recurso de Don H. se formuló al amparo del ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, invocando infracción de los preceptos contenidos en los artículos 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil, todo ello de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida, entre otras, en las sentencias de 30 de septiembre de 1985, 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988, 7 de junio de 1988 y 7 de febrero de 1990.

Por su parte, el de Doña B. alegaba infracción del artículo 1.214 del Código civil y de la jurisprudencia de la propia Sala Primera {motivo primero}, infracción del artículo 1.228 del Código civil (motivo segundo), infracción del artículo 1.249 y de la jurisprudencia (motivo tercero), infracción del artículo 24 de la Constitución (motivo cuarto), infracción del artículo 1.104 del Código civil y de la jurisprudencia (motivo quinto), infracción por inaplicación del artículo 1.105 del Código civil y jurisprudencia de la Sala Primera (motivo sexto) e infracción por inaplicación del artículo 6.3 del Código civil, en relación con el artículo 272 del mismo cuerpo legal (motivo séptimo y último).

El recurso de Clínica V., S.A., se articuló en tres motivos. El primero, por infracción por indebida aplicación del artículo 1.903 del Código civil y doctrina legal aplicable. El segundo, por indebida aplicación del artículo 1.902 del propio Código civil y doctrina legal que desarrolla dicho precepto. y el tercero por infracción del artículo 1.137 del mismo Código.

3. UN PROBLEMA QUE NO LLEGO A LA CASACIÓN: LA RELACIÓN ENTRE UNA COMPAÑÍA DE SEGUROS DE ASISTENCIA SANITARIA Y LOS MÉDICOS INCLUIDOS EN SUS LISTAS

1. Advertíamos antes que en este interesante caso concurría un extremo de orden jurídico que el Tribunal Supremo no tuvo oportunidad de enjuiciar, dado que los actores se aquietaron a la sentencia de la Audiencia, pues queda visto que no recurrieron en casación.

La circunstancia de que el autor de este comentario fuera abogado de la aseguradora I.M. en este caso nos permite reflejar cómo se planteó la cuestión que ahora nos ocupa.

2. Me refiero al hecho de que la demanda se formuló también contra la referida aseguradora, por haber sido -decían los actores- la que concertó el seguro de asistencia médica con Don E., a la que se pagaba trimestralmente el importe del mismo y de cuyo concierto derivan las demás obligaciones de los restantes demandados para con el citado Don E. Aunque no se mencionaba de forma expresa, parecía deducirse de la demanda que el soporte de la acción contra I.M. era el artículo 1.903 del Código civil, en cuanto consagra la denominada "responsabilidad por hecho ajeno" (en concreto, la del empleador o empresario por hechos de sus dependientes).

En la contestación a la demanda, por parte de I.M., poníamos de manifiesto que la actividad de aquella aseguradora se hallaba regulada por la Orden de 14 de enero de 1964, del entonces Ministerio de la Gobernación, sobre relaciones de aseguradoras con el personal médico no vinculado por dependencia laboral.

Conviene advertir que el artículo 2º de la Orden en cuestión establece la diferencia fundamental en esta materia, que es la que media entre entidades aseguradoras "sin cuadro facultativo propio" y "con cuadro facultativo propio". En las primeras, la asistencia médica (de acuerdo con el artículo 4º de la Orden mencionada) se lleva a cabo como consecuencia de convenio entre la aseguradora y los Colegios de Médicos respectivos, de suerte que, como dice literalmente la Orden en cuestión, todos los médicos colegiados que lo deseen pueden prestar los servicios asistenciales a los beneficiarios de la entidad con sólo manifestar su voluntad en tal sentido, no ya a la aseguradora, sino al Colegio profesional; lo que significa lisa y llanamente que el ingreso de médicos en las listas de la aseguradora es automático, se lleva a cabo por vía colegial y constituye una manifestación del principio de libre competencia profesional que hace que la asegurado-

ra no pueda negarse a incluir en sus listas a cualquier médico que la solicite, sólo por ser colegiado, salvo eventuales supuestos de acuerdo con el Colegio mismo para que ese automatismo no se produzca.

Por todo ello, en esta modalidad de seguro el asegurado puede acudir a cualquier médico de las listas de la aseguradora.

Citábamos además la circunstancia de que en el convenio entre I.M. y el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya se declaraba expresamente que era preciso suscribirlo al no existir relación laboral ni de ninguna otra clase entre los médicos y la aseguradora. Esta última expresión, sin embargo, no era del todo afortunada en el convenio, pues evidentemente sí existe alguna relación entre aseguradora y médicos. Lo que a todas luces se quería decir es que no hay relación jurídica que implique dependencia de los facultativos respecto de la compañía. y de hecho una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos (de 17 de enero de 1974) había tenido oportunidad de declarar que la relación entre la aseguradora de autos y los médicos de sus listas era "de arrendamiento de servicios, de índole especial".

En definitiva, veníamos a poner de relieve un sugestivo problema de los que plantea el párrafo cuarto del artículo 1.903, esto es, el consistente en determinar si ese caso de responsabilidad por hecho ajeno tiene su fundamento en la circunstancia de que el "dependiente" (en el sentido más amplio de la expresión) se halle funcionalmente sujeto a las directrices o criterios, en suma a la disciplina del "principal" (parece interesante, para no prejuzgar, no hablar de empresario).

3. El análisis de la jurisprudencia en esta materia permite llegar a una respuesta afirmativa a esa pregunta, como se advierte en los casos en que el Tribunal Supremo se ha planteado la cuestión de si el comitente (en el contrato de obra) responde o no de los daños que ocasione el contratista, directamente o por medio de sus empleados. Extremo que recientemente he analizado *in extenso* en mi *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, págs. 371 ss.

4. Un caso similar al que nos ocupa ahora (una demanda contra un médico y contra la misma aseguradora I.M.) había sido conocido en otros autos por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de los de Bilbao, que a mi juicio planteó muy bien la cuestión con un razonamiento (luego confirmado por la Audiencia) del siguiente tenor:

"Sin embargo, la actora parte de un dato fáctico erróneo, el de que el citado Doctor pertenece al cuadro médico del I.M., cuando la realidad es que el citado I.M. no tiene cuadro facultativo

propio sino un concierto con el Colegio de Médicos, en el que se establece que los médicos que lo soliciten, siempre que estén colegiados en el Colegio Oficial de Médicos de Vizcaya y conformes con las tarifas establecidas, pasan automáticamente a formar parte de las listas del citado I.M. que les paga por acto médico realizado sin que su relación sea de índole laboral ni presuponga una relación jerárquica o de dependencia, pues el I.M. carece de facultad de selección de los médicos y de control sobre los mismos. Por lo anteriormente expuesto, no existiendo la relación de jerarquía o dependencia exigida como presupuesto necesario para la aplicación del artículo 1.903 del Código civil para que puedan darse los supuestos de "culpa in eligendo" o "culpa in vigilando" no cabe, por este motivo, exigir responsabilidad alguna al I.M. por un acto realizado por un médico incluido en su 'relación de facultativos', sin que tampoco pueda exigirse responsabilidad derivada del propio contrato de seguro pues el I.M. cumplió su obligación de prestación de asistencia sanitaria sin que se haya alegado un anormal funcionamiento de dicho I.M. como causante del resultado dañoso".

5. En relación con este extremo, la sentencia de la Sala Primera de 12 de febrero de 1990 declaró la responsabilidad, junto con la del médico, de la compañía de seguros de la que formaban parte. Pero ha de advertirse que esta condena de la aseguradora se basó en la apreciación de la Audiencia de que existía entre el médico y la aseguradora una relación de dependencia. La sentencia del Supremo, en efecto, parte de la base de que "... existe una cierta subordinación jurídica del médico con A., S.A., aunque en este caso por modo un tanto indirecto por intermedio de la coaseguradora I., por razón del contrato de servicios profesionales existente entre ambos, por el que el facultativo queda obligado a la atención de los asegurados de aquélla, mediante la correspondiente retribución y utilizando los medios que la sociedad de seguro de asistencia sanitaria pone a su disposición". Más adelante añade el Supremo que "con base en la interpretación del contrato de servicios suscrito entre la coaseguradora I. y el tantas veces repetido recurrente, señor H., llega a la conclusión de la existencia de aquella relación de dependencia ..."

Sentadas estas premisas, parece razonable el desenlace condenatorio. Pero de ordinario no existe entre las compañías de seguros de asistencia sanitaria y sus médicos dependencia de estos últimos respecto de las primeras, reduciéndose todo a la existencia de una lista o cuadro de facultativos entre los cuales el asegurado puede elegir libremente. y sin que, por ello, entre el médico y la compañía haya relación laboral o subordinación funcional.

6. Volviendo al pleito objeto del presente comentario, hay que señalar que el Juzgado, como hemos visto, condenó también a la aseguradora, limitándose a fundar la condena en el hecho de que "le afectaron las consecuencias de la Ley de 8 de octubre de 1980, para deter-

minar sus derechos y obligaciones, tanto o más que las disposiciones de orden menor en que se escuda".

En otras palabras, el juzgador de instancia hacía una genérica invocación de la Ley de Contrato de seguro, pero sin que se alcance a deducir en cuál de sus preceptos o principios se amparaba.

La Audiencia, por el contrario se hizo eco de los argumentos que habíamos esgrimido en la demanda y en la apelación en defensa de I.M., diciendo al respecto:

"La representación del I.M. solicita la revocación de la sentencia, porque no tiene responsabilidad de ninguna clase en la intervención quirúrgica realizada por los médicos demandados en la clínica V.; la actora sostiene la responsabilidad del I.M. por ser con quien se concertó el seguro de asistencia médica, del que derivan las obligaciones de los demás demandados con el asegurado. Sin embargo, el I.M. no tiene responsabilidad extracontractual, porque es una compañía de seguros del ramo de asistencia sanitaria, cuya actividad se halla regulada en la Orden Ministerial de 14 de enero de 1964, en la modalidad "sin cuadro facultativo propio y pago por acto médico" y en el artículo 4º de dicha Orden se establece "que los médicos no están vinculados a la aseguradora por ninguna relación de dependencia", y así consta en el convenio suscrito entre el I.M. y el Colegio de Médicos de Vizcaya, donde la elección de los médicos corresponde al Colegio de Médicos (folio 280); y también en las "condiciones generales de la póliza", epígrafe "modalidad" (en esta modalidad, la asistencia se establecerá al modo clásico de ejercer la Medicina con plena libertad, tanto por parte del asegurado como del médico para establecer sus relaciones) - folio 276-, por lo que al no tener relación de dependencia ni jerárquica ni laboral con los médicos intervinientes, que el I.M. no elige, no se le puede imputar culpa "in eligendo" o "in vigilando", sustrato jurídico de la culpa extracontractual, tampoco responsabilidad contractual porque el asegurador ha cumplido con sus obligaciones. El artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro distingue entre las aseguradoras que asumen directamente la prestación de los servicios médicos y las que no lo asumen, por lo que admite la modalidad contractual de I.M: sin cuadro facultativo propio, y por tanto no existe dependencia ni control sobre la lista de médicos, de la que el asegurado puede elegir, por lo que el I.M. no debe responder, sobre la base del artículo 1.903 del Código civil, de la negligencia profesional en que han incurrido los médicos que el propio asegurado eligió, y por estas razones debe prosperar el recurso de apelación interpuesto por el I.M."

En definitiva, vemos que prosperó la tesis de que una compañía de seguros de asistencia sanitaria, en su modalidad de "sin cuadro facultativo propio", no responde de los daños causados por los médicos integrantes de sus listas y sobre los cuales los asegurados tienen absoluta libertad de elección.

4. LA RELACIÓN ENTRE LOS MÉDICOS Y LAS CLÍNICAS PRIVADAS

1. Es éste uno de los extremos que afronta la sentencia del Supremo objeto de este comentario.

Se recordará que la demanda se había formulado también contra la clínica en la que se había llevado a cabo la intervención quirúrgica de la que resultaron los daños.

En punto a su legitimación pasiva, la demanda la atribuía a Clínica V., S.A., en función de que en sus instalaciones tuvo lugar el acto médico que causó las graves lesiones ..., aportando este centro médico tanto medios personales propios, como instrumentales y técnicos, sin perjuicio de que fue el lugar designado por el cirujano para practicar la operación.

También aquí parecía implícita la cita del artículo 1.903 del Código civil, e incluso puede suponerse que la del 1.902, de admitir que se trataba de "responsabilidad por hecho propio", si se tiene presente que al fundamentar la responsabilidad solidaria de los demandados los actores decían: "Téngase presente que en el caso que nos ocupa ha intervenido en la producción del resultado lesivo la entidad Clínica V., S.A., en cuyas instalaciones tuvo lugar el acto médico que la produjo, aportando esta sociedad el quirófano correspondiente, con sus medios instrumentales y personales, para la práctica de la intervención quirúrgica y que no dudamos en calificar de precarios, dada la carencia o inexistencia de un monitor de apoyo, que hubiera podido detectar al instante el paro cardíaco que experimentó Don E."

El Juzgado admitió este razonamiento, diciendo que no cabía negar la dependencia de los implicados (se supone que los médicos) respecto del centro sanitario, si bien no con vínculo laboral.

La Audiencia desestimó el recurso de Clínica V., S.A., al amparo de un razonamiento que por evitar repeticiones trataré más adelante al mencionar el criterio del Supremo al respecto.

2. Este problema que ahora nos ocupa ha sido objeto de tratamiento por parte de la jurisprudencia.

En la sentencia de 11 de noviembre de 1991 se declaró que no procedía condenar al sanatorio en que habían ocurrido los hechos motivadores de la demanda; porque entre el médico y la clínica no existía relación de dependencia. Advierte la resolución que el llamado por la doctrina "contrato de clínica" o "contrato de hospitalización" (concertado directamente por el paciente con una clínica privada, sin mediación de la Seguridad Social ni de ningún otro contrato de seguro) aparece como un contrato atípico y complejo, que puede abarcar la prestación de distintas clases de servicios, según la modalidad bajo la que se haya estipulado, pues comprendiendo en

todo caso (cualquiera que sea su modalidad) los servicios llamados extramédicos (de hospedaje o alojamiento) y los denominados asistenciales o paramédicos, puede abarcar o no los actos pura y estrictamente médicos, según que, respectivamente, el paciente haya confiado a la clínica dichos actos médicos por medio de sus propios facultativos (dependientes laboral o profesionalmente de la clínica) o haya elegido libremente a un médico ajeno a los del referido establecimiento.

Y esa segunda modalidad era la que concurría en aquel caso, en el que la paciente eligió y contrató libremente los servicios del ginecólogo que le asistió en el parto, el cual no tenía dependencia laboral ni profesional alguna respecto al sanatorio, por lo que en este caso los actos pura o estrictamente médicos se hallaban claramente fuera del aspecto obligacional del centro sanitario, que quedaba obligado a la prestación de los servicios extramédicos y los asistenciales o paramédicos.

En la sentencia de 30 de julio de 1990, de la Audiencia Provincial de Barcelona, se absolvió a la clínica en la reclamación que contra ella y un médico de la misma había entablado el actor como consecuencia de los daños que alegaba, al haber dejado embarazada a su esposa después de que el médico en cuestión le practicara la vasectomía encaminada a la esterilización. Llama la atención que la sentencia diga que procede absolver a la clínica (pronunciamiento que en términos generales parece correcto), añadiendo que para ello es indiferente que exista o no relación de dependencia laboral o de otra índole entre el centro sanitario y el médico.

Por su parte, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 29 de septiembre de 1991 se declara la irresponsabilidad de la clínica demandada por no existir dependencia laboral -respecto a ella- de los médicos culpables del daño ocasionado a la actora.

3. Regresando a nuestro caso actual, reproducimos a continuación el fundamento de Derecho undécimo de la sentencia del Supremo, en que se razona sobre los motivos de casación esgrimidos por la clínica. La Sala estima los dos primeros motivos, sin necesidad de entrar en el tercero.

Pero conviene dividir los razonamientos del Supremo en este punto, ya que el primero es una formulación de carácter general acerca de las obligaciones que una clínica contrae cuando no tiene ningún tipo de relación laboral, ni otra suerte de jerarquía, respecto de los médicos que en ella desarrollan su actividad.

Dice la sentencia en este punto:

"El motivo primero del recurso interpuesto por Clínica V., S.A., acogido al ordinal 5º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, alega infracción del artículo 1.903 del Código civil ya que, se dice, la clínica no tiene ninguna obligación ni "in eligendo", ni "in vigilando" respecto de los médicos que utilizan el establecimiento para atender a sus clientelas. Reconocido en el fundamento de Derecho sexto de la sentencia combatida que la clínica recurrente no tiene ningún tipo de relación laboral ni contractual con los médicos que intervinieron en la operación, es evidente la inaplicación al caso del artículo 1.903 del Código civil regulador de la responsabilidad extracontractual que nace de los actos u omisiones de las personas por quienes se debe responder. Concertada la utilización de las instalaciones de la Clínica V., S.A., directamente por el cirujano que había de practicar la intervención quirúrgica y siendo de cargo del I.M., con el que el paciente tenía concertada una póliza de seguro, el precio por la utilización de las instalaciones. la obligación de la clínica queda circunscrita a suministrar los medios técnicos en ejecución de los llamados actos paramédicos necesarios, por lo que no surge para ella ninguna obligación de responder por las acciones u omisiones culposas o negligentes de los profesionales intervinientes en el acto médico para cuya realización se concertó el uso de las instalaciones de la ahora recurrente; se revela así como infringido el artículo 1.903 del Código civil, ya que en su caso sería aplicable el artículo 1.902, pues estaríamos ante una responsabilidad por acto propio."

Se observará que la sentencia reproduce los razonamientos de la de 11 de noviembre de 1991, arriba citada, sobre la distinción entre servicios médicos, servicios llamados "extramédicos" (de hospedaje o alojamiento) y los denominados "asistenciales o paramédicos", que en la referida sentencia de 1991 se describían, aunque no de forma exhaustiva, como administración de los medicamentos prescritos, inyecciones, control de temperatura, guarda y seguridad del paciente), junto a otros, referentes al control del postoperatorio, cuya naturaleza de acto asistencial, sanatorial o paramédico vendrá determinada por la índole, gravedad o importancia de la intervención quirúrgica realizada y, sobre todo, de las instrucciones específicas que al respecto haya dado el médico que realizó la intervención.

Conviene señalar que en aquella sentencia de 1991, y dado que se había tratado de un parto normal, el Supremo consideró evidente que el examen continuo y casi permanente de la zona corporal afectada por el acto médico realizado (un parto), como única forma posible de poder detectar en su inicio la aparición de una hemorragia, no entraba dentro de las obligaciones asistenciales del sanatorio, al que el ginecólogo -precisamente por la normalidad del parto y el buen estado de la parturienta- no había dado ninguna instrucción especial de vigilancia.

Similar es el criterio, aunque más lacónicamente expresado, en la sentencia que ahora comentamos, que se limita a decir (no era preciso más) que la obligación de la clínica quedaba circunscrita a suministrar los medios

técnicos e instrumentos necesarios para llevar a cabo la intervención, lo que significa, en una palabra, que la Sala no considera incumplidos por parte de la clínica los llamados servicios asistenciales o para- médicos que la sentencia de 1991 había descrito con gran precisión y distinguiendo los dos aspectos o tipos de actuación que al efecto mencionaba.

4. Pero además se había esgrimido por los actores contra la clínica otra causa de responsabilidad, consistente en la inexistencia en el quirófano de un desfibrilador que pudiera atajar la parada cardíaca que en efecto se produjo. Dicho de otro modo, se alegaba una culpa "directa" del establecimiento sanitario por insuficiencia de sus instalaciones.

Pues bien, la Audiencia desestimó también esta argumentación, diciendo:

"La sentencia recurrida fundamenta la responsabilidad de la Clínica V., S.A., en la existencia de un único desfibrilador en la Sala de reanimación, que no estaba en el momento de la detección de la parada cardíaca en el quirófano, y afirma que 'la ausencia del desfibrilador en la propia sala de operaciones supone la falta de un elemento técnico necesario para los supuestos de parada cardíaca' que debe ser aplicado lo más rápidamente posible. Como se ha dicho antes, las obligaciones contractuales asumidas por la clínica consistían en proporcionar las instalaciones e instrumentos adecuados para la ejecución del concreto acto médico, correspondiendo la correcta utilización de tales medios o instrumentos a los médicos dentro del ámbito de su respectiva especialidad; acreditado en autos que la clínica poseía un aparato desfibrilador en perfecto estado de funcionamiento en la sala de reanimación, sin que, por el contrario, conste que el retraso en la aplicación del mismo sea debido a la conducta del personal de la clínica, no se puede afirmar la existencia de una acción u omisión culpable imputable a ella que genere su responsabilidad por los daños sufridos por el hijo de los actores, no siendo obligación de la clínica la de que el repetido aparato se encuentre en el quirófano, lo que, de ser así, comportaría la obligación de poseer varios desfibriladores dada la existencia de varios quirófanos en la clínica susceptibles de ser utilizados simultáneamente, obligación que no resulta acreditada, y así la Sociedad Española de Cirugía Cardiovascular emitió informe muy favorable sobre las instalaciones de la clínica (folios 367 y siguientes); la no utilización del desfibrilador en tiempo hábil por el facultativo encargado de la reanimación del paciente no es imputable a la clínica al no existir relación de dependencia entre ambos. Todo lo cual lleva a la estimación de este motivo así como a la del segundo en que se alega infracción del artículo 1.902 del Código civil, por lo que, sin necesidad de entrar en el estudio del motivo tercero, procede acoger el recurso con la consiguiente casación y anulación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la de primera instancia, en cuanto condenan a la Clínica V., S.A., al pago de la indemnización solicitada, debiendo ser absuelta de la pretensión reparatoria contra ella dirigida en la demanda, lo que determina la imposición a la parte actora de las costas de primera instancia atinentes a este codemandado, a tenor del artículo 523 de la Ley Procesal civil y sin que proceda hacer especial condena en las causadas en la apelación y en este recurso, de conformidad con los artículos 710 y 1.715 de la citada Ley. Procede

devolver a la parte recurrente el depósito constituido que, en el presente caso, no era necesario por no ser conformes entre sí las sentencias de instancia (art. 1.703 de la Ley de Enjuiciamiento civil)".

Se observa, por tanto, que la sentencia rechaza la pretensión de los actores en este punto por dos motivos. En primer lugar, porque considera la Sala que no se ha acreditado la "obligación" de la clínica de disponer de varios desfibriladores; con esta expresión se quiere aludir sin duda a la no necesidad (desde el punto de vista de una adecuada planificación hospitalaria, y por tanto con criterios periciales médicos) de poseer varios aparatos de este tipo. y en segundo término se vuelve a insistir en el argumento de la primera parte de la sentencia en este punto, en el sentido de que, al no existir relación de dependencia entre los médicos y la clínica, no era imputable a esta última la no utilización del desfibrilador en tiempo hábil, es decir, cuando se advirtió la parada cardíaca.

5. Por otro lado, la alusión a la no utilización del desfibrilador por parte del facultativo encargado de la reanimación del paciente nos sugiere la invocación de otra sentencia (en este caso también de la Audiencia Provincial de Bilbao, pero en pleito diferente) en que ese extremo del uso del desfibrilador adquirió particular importancia.

Era un pleito en el que el demandante alegaba haber sufrido daños síquicos como consecuencia del paro cardíaco experimentado durante una intervención quirúrgica de corrección del tabique nasal, a causa del cual hubo un lapso de tiempo en el que el oxígeno no llegó al cerebro del actor, resultando éste dañado (sic).

Se entabló la demanda contra el cirujano actuante y el anestesista que intervino en la operación, dictándose sentencia del Juzgado por la que se absolvía al cirujano y se condenaba al anestesista a indemnizar al actor en la suma de cincuenta millones de pesetas.

En la sentencia del Juzgado se alude al anestesista en su función primaria de aplicar la anestesia y se menciona esa anestesia como causa de la parada cardíaca. Pero luego, en la resolución, no se vuelve a hablar más de esto, para adoptarse -como única *ratio decidendi* del fallo- la teoría de que el anestesista es culpable por no haber afrontado adecuadamente el hecho de la parada cardíaca en sí.

En la apelación contra esta sentencia quedó claro que era infundado atribuir la causa de la parada cardíaca a la anestesia. a la luz de los informes periciales obrantes en autos.

Pero, como decíamos, no era éste el problema técnico-médico del caso, sino el consistente en determinar si había habido negligencia del anestesista al hacer frente a la parada cardíaca que sobrevino.

La sentencia del Juzgado, con una lectura inadecuada de los informes periciales obrantes en autos, como la Audiencia tuvo oportunidad de reflejar, manifestó que, siendo la causa más frecuente de parada cardíaca la fibrilación ventricular, y constituyendo el desfibrilador uno de los medios de atajarla, el anestesista no lo había aplicado a pesar de tenerlo a su disposición.

Es claro que el Juzgado aplicó -aun sin decirlo- la doctrina de la "culpa virtual" del médico, basada en razonamientos deducidos de la estadística, aunque en este caso -según se vio- no correctamente interpretados.

En la vista ante la Audiencia pusimos de relieve que, según reflejaban los informes periciales, aunque la fibrilación ventricular es la causa de parada cardíaca más frecuente (70 %) -siendo otras causas la asistolia y la disociación electromecánica-, esa proporción es distinta en el caso de pacientes sometidos a intervención quirúrgica, dado que en esta hipótesis la parada cardíaca tiene como causa más frecuente la asistolia. En concreto, el informe de un cardiólogo decía que la asistolia es la causa más frecuente de parada cardíaca en enfermo anestesiado y sometido a maniobras quirúrgicas.

El informe del mismo cardiólogo (perito designado por el Juzgado) manifestaba que en los casos de parada cardíaca por asistolia (cese súbito de toda actividad eléctrica y mecánica), la desfibrilación está contraindicada.

Por otro lado, el informe de otro perito judicial, especialista en pulmón y corazón, decía que los pasos a dar en circunstancia de parada cardíaca son los siguientes: entubación endotraqueal, bolsa de ventilación unidireccional, masaje cardíaco externo, utilización de drogas y fluidos, monitorización ECG y desfibrilación ventricular. Añadía este informante que si la parada cardíaca cede con las medidas aplicadas en este orden secuencial, no se deben dar pasos sucesivos. Decía también que en la parada cardíaca intraoperatoria intervienen muchos factores, pero que los máximos responsables suelen ser los reflejos vagales que provocan asistolia. Afirmaba así mismo que la probabilidad de fibrilación ventricular en un corazón joven sin patología previa es, en cualquier caso, muy baja, y concluía advirtiendo que es altamente improbable que una fibrilación ventricular ceda sólo con masaje cardíaco y adrenalina, sin usar el desfibrilador.

En base a estos datos médicos, nuestra argumentación consistió en advertir:

a) Que siendo como era el paciente un hombre joven sin patología previa, la probabilidad de fibrilación ventricular era muy pequeña.

b) Que la causa más frecuente de parada cardíaca intraoperatoria es la asistolia, es decir, que la hipótesis de fibrilación ventricular era estadísticamente la menos fundada.

c) Que el anestesista había adoptado la secuencia de pasos a dar en el caso de parada cardíaca, con el desenlace de que esa parada cedió, recuperando su actividad el corazón.

d) Que, como había dicho un perito informante, si la parada cardíaca había cedido con masaje cardíaco externo (aparte de otras medidas previas), no se tenían que haber dado pasos sucesivos como el consistente en la aplicación del desfibrilador.

e) Que, siendo "altamente improbable" que una fibrilación ventricular ceda sólo con masaje cardíaco y adrenalina, y habida cuenta que en el caso de autos se había recuperado la actividad cardíaca sin desfibrilador, esta circunstancia revelaba que la causa de la parada en aquel caso no había sido, con toda verosimilitud, una fibrilación ventricular.

En definitiva, sosteníamos que la no utilización por el anestesista del desfibrilador no podía erigirse en causa de atribución de culpa a dicho profesional, puesto que las circunstancias concurrentes no reclamaban su uso, y sí en cambio la adopción de medidas que en los autos quedaba acreditado que se habían tomado.

La Audiencia estimó el recurso del anestesista (único recurrente), absolviéndole.

Su sentencia, después de recoger la doctrina jurisprudencial actual sobre inaplicabilidad de la inversión de la carga de la prueba en el caso de actividad profesional del médico, se atiene a nuestra alegación de que el juzgador de instancia había incurrido en error al interpretar el informe del cardiólogo designado como perito por el Juzgado.

La Sala comparte esta alegación y dice:

"El Doctor O. señala en su informe las tres principales causas de paro cardíaco: la fibrilación ventricular, la asistolia o bloqueo cardíaco y la disociación electromecánica. Ahora bien, la conclusión efectuada por el juzgador de instancia -negligencia del Dr. I. por no utilizar el desfibrilador cuando la fibrilación es la causa más frecuente de paros cardíacos- no es correcta o al menos rigurosa a la vista del citado informe dado que en él, si bien se manifiesta que la fibrilación ventricular es la forma más

frecuente de paro, también se concreta que la asistolia es la más común en procedimientos quirúrgicos con inducción anestésica, luego ésta y no aquella es la que motiva mayor número de paros cardíacos en operaciones quirúrgicas; por lo tanto, dado que la premisa mayor fijada por la sentencia recurrida -fibrilación causa más común de paro cardíaco, cuando no lo es en los casos como el de autos (en operaciones quirúrgicas)- falla, no cabe después deducir que ella sea el motivo del que sufrió el actor; pero incluso dejando de lado las estadísticas, la prueba obrante en autos no acredita la causa que provocó el paro cardíaco y tampoco que la actuación observada por el Dr. I. fuera negligente, razón por la que debe desestimarse la demanda ya que a la parte demandante correspondía probar la negligencia del anestesista acogiendo el recurso interpuesto por éste."

Se observa, pues, que la disponibilidad y la concreta utilización del desfibrilador pasa a segundo término a la vista de las características médicas del supuesto de hecho, circunstancia que -con todas las reservas propias de una opinión en materia de Medicina por parte de quien es lego en ella- podría quizá haber sido tenida en cuenta también en el caso de la sentencia del Supremo objeto del presente comentario, dadas las sustanciales coincidencias entre este caso y el de la resolución de la Audiencia Provincial de Bilbao que acabamos de referir.

He de advertir que ese asunto de la Audiencia de Bilbao está ahora pendiente de recurso de casación promovido por el demandante.

5. LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA ESPECIALIDAD MÉDICA EN EL ACTO QUIRÚRGICO: ABSOLUCIÓN DEL CIRUJANO

1. Una de las cuestiones de más interés en la sentencia de que tratamos es sin duda la consistente en el deslinde que hace entre el objeto de la actividad profesional de cirujano y de la anestesista demandados, a efectos de individualizar sus respectivos cometidos y, por tanto, los presupuestos para discernir su respectiva culpa o ausencia de ella.

En una palabra, se aborda un problema que siempre ha suscitado mucho interés, proyectado sobre todo al caso de la intervención quirúrgica. La participación en ella, cuando menos, de un cirujano y de un anestesista, entraña a veces dificultades de definición de las incumbencias de uno y otro, que históricamente se han visto complicadas desde el punto de vista jurídico por cuestiones tales como la visión del cirujano como "responsable de lo que en el quirófano sucede", la forma de designación o elección del anestesista que ha de actuar, la atribución de responsabilidad por lo que es cometido propio del cirujano como distinto del eventual deber de vigilancia de lo que el anestesista hace, etc.

No es éste, desde luego, el único caso digno de interés a estos efectos. Muy al contrario, la moderna fórmula de trabajo médico en equipo puede suscitar problemas de individualización también en otros ámbitos distintos del quirúrgico. Pero refiriéndonos al caso clásico, por así decirlo, hoy es opinión doctrinal dominante la de que ante la pregunta sobre compatibilidad entre responsabilidad del anestesista y del cirujano, debe sostenerse que cada profesional tiene en el acto quirúrgico unas funciones propias y exclusivas. Por lo que, al menos en principio, cada uno de ellos responde de sus actos. Única fuente de responsabilidad común sería el error cometido conjuntamente, o por uno de ellos pero que pudiera y debiera ser, por su carácter grave y claro, advertido por el otro profesional.

Este es el criterio que se advierte en la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, es decir, en materia penal, y que se atisbaba en algunas sentencias de la Sala Primera.

Pues bien, la sentencia que comentamos reviste -como decíamos- el interés de haber abordado la cuestión que ahora nos ocupa.

2. Procede analizar el enjuiciamiento que la Sala hace de los motivos de casación esgrimidos por el cirujano del caso, esto es, Don H.

Es preciso recordar que, como hemos dicho antes, en el recurso de casación el cirujano actuó bajo distintas representación y defensa que la anestesista Doña B.

El que había sido Letrado de ambos ante el Juzgado y ante la Audiencia sostuvo la tesis de absolución de los dos facultativos, esgrimiendo al efecto -de forma técnicamente impecable a mi juicio- la doctrina jurisprudencial vigente en materia de responsabilidad médica, concretada sobre todo en el principio de que en ella no rige la presunción de culpa proclamada por el Tribunal Supremo en otros ámbitos de la responsabilidad civil, el de que no juega por tanto la inversión de la carga de la prueba y el de que, en consecuencia, incumbe al paciente demandante demostrar cumplidamente la culpa del médico demandado.

Este planteamiento no prosperó, siendo de interés destacar a este respecto el modo de razonar de la Audiencia, que se desprende de los fundamentos jurídicos de la sentencia del Supremo alusivos a los recursos de uno y otro facultativos. Más adelante tratamos sobre ellos.

Pero volviendo al interpuesto por el cirujano Don H., merece la pena, en primer término, transcribir el fundamento de Derecho segundo de la sentencia, por cuanto

sintetiza de forma muy afortunada lo que en punto a principios generales en materia de responsabilidad civil del médico viene proclamando la jurisprudencia.

Dice así ese fundamento:

"El recurso de casación formalizado por Don H. consta de un solo motivo en que, al amparo del ordinal 5º del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alega infracción de los arts. 1.101, 1.103 y 1.104 del Código civil. de acuerdo con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias que cita; se dice en el motivo que todos los parámetros de conducta en que se funda la sentencia combatida para determinar la responsabilidad del recurrente se corresponden con la función, la competencia y los cometidos de un anestesta o reanimador, ninguno de ellos afecta al comportamiento profesional que se espera de un cirujano. Es doctrina reiterada de esta Sala recogida, entre otras, en sentencias de 26 de mayo de 1986, 12 de julio de 1988, 17 de julio de 1989, 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990, y 11 de marzo de 1991 que la obligación contractual o extracontractual del médico y, más en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, es decir, está obligado, no a curar al enfermo sino a proporcionarle todos los cuidados que requiera según el estado de la ciencia; además, en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico -sentencias de 13 de julio de 1987, 12 de julio de 1988 y 7 de febrero de 1990- que puede manifestarse a través de la negligencia omisiva de la aplicación de un medio -sentencia de 7 de junio de 1988- o más generalmente de una acción culposa -sentencia de 22 de junio de 1988- y así se ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados, y el resultado dañoso previsible y evitable, caso de las sentencias de 7 de febrero de 1973, 28 de diciembre de 1979, 28 de marzo de 1983 y 12 de febrero de 1990; cuando por el contrario no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad sanitaria, así en sentencias de 26 de mayo de 1986, 13 de julio de 1987, 12 de febrero de 1988 y 7 de febrero de 1990."

Así mismo ha de tenerse en cuenta el principio de la llamada "lex artis ad hoc" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, recogido en las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990 y 11 de marzo de 1991 al decir "que la actuación de los médicos deba regirse por la denominada 'lex artis ad hoc', es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional", añadiendo la última de las sentencias citadas que "se entiende por 'lex artis ad hoc' como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina -ciencia o arte médica- que tienen en cuenta las especialidades características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma orga-

nización sanitaria-, para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida".

A renglón seguido, el fundamento jurídico tercero entra en el fondo de la cuestión a fin de determinar lo que era incumbencia del cirujano en este concreto caso, para a partir de esta base concluir si había habido o no por su parte una incorrecta praxis médica, esto es, violación de la *lex artis* que le era exigible en el episodio quirúrgico (en sentido amplio) que llevó al trágico desenlace.

Y dice a tal efecto la sentencia:

"El contrato de arrendamiento de servicios concertado entre Don E. y el médico cirujano Don H. tenía por objeto la extirpación de un quiste sacro-coxigeo que aquél padecía y que fue llevada a cabo el día 7 de noviembre de 1986. siguiendo una técnica quirúrgicamente correcta; la herida producida fue parcialmente cerrada quedando una vía de drenaje por la que los exudados y eventualmente el pus, fluyen con facilidad, disminuyéndose así el riesgo de procesos infecciosos graves en el postoperatorio, si bien pueden resultar necesarias cuando se sigue esta técnica, reintervenciones para eliminar tejidos desvitalizados o fungoides, que dificultan la cicatrización, que es lo que ocurrió en el presente caso, en que, ante las molestias que padecía e] señor I.B., se decidió una nueva intervención quirúrgica practicada por el médico cirujano el día 2 de diciembre de 1986. De ahí que el acto médico objeto de aquel contrato perteneciera a la rama de la Medicina que constituye la Cirugía y que se propone curar las enfermedades por medio de operaciones manuales o con instrumentos y que implica una actuación en órganos o tejidos enfermos, extraer cuerpos extraños, etc.; de ahí que la obligación del cirujano de indemnizar los daños y perjuicios ha de surgir de la omisión de la diligencia debida en la prestación de sus servicios profesionales atendidas las reglas técnicas de su especialidad comúnmente admitidas y las particulares circunstancias del caso y teniendo en cuenta que en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo (sentencia de 22 de febrero de 1946 citada por la de 7 de febrero de 1990); por ello no puede imputarse a un médico especialista el evento dañoso sufrido por un paciente que tenga su origen en el incumplimiento de las reglas técnicas propias de otra especialidad, como es, en el presente caso, la de Anestesiología y médicos especialistas, elaborada por el Consejo Nacional de Especialidades Médicas, Ministerio de Sanidad, en el año 1979, por emplear y aplicar métodos y técnicas necesarios para hacer al paciente insensible al dolor y para protegerlo frente a la agresión psíquica o somática, antes, durante y después de las intervenciones quirúrgicas, mantener las funciones vitales en condiciones óptimas antes, durante y/o después de cualquiera de las situaciones citadas: reanimar cualquier tipo de pacientes, médicos o quirúrgicos, a los que muy diversas clases de situaciones patológicas hayan conducido hasta una situación crítica. en que sus funciones vitales se vean gravemente desequilibradas, iniciando y manteniendo la terapia intensiva adecuada hasta que se considere superado dicho estado crítico. En el presente caso, la sentencia recurrida pone la causa de los daños sufridos por el paciente en la falta de monitorización del mismo que hubiera permitido el control de la actividad eléctrica del corazón y, en consecuencia, advertir la parada cardíaca a tiempo de aplicar adecuadamente los medios de reactivación de las funciones vitales, haciéndose notar por el Tribunal "a quo". que, aunque se admita que se utilizó el citado

medio de control, se observó tardíamente la parada cardíaca sufrida por el paciente, lo que impidió que éste se hubiera reanimado absolutamente al aplicarle los medios necesarios; es decir, la sentencia recurrida hace derivar la responsabilidad que declara respecto al cirujano y a la anestesia intervinientes, de la inobservancia de las reglas técnicas adecuadas para mantener las funciones vitales óptimas durante y después de la operación quirúrgica, o para la reanimación del paciente al advertir la situación crítica en que se hallaba; ahora bien, tales reglas técnicas son las que regulan la actuación profesional del médico anestesta, no la del especialista en Cirugía, siendo de notar que, según los informes periciales obrantes en autos, el cirujano sólo hubiera podido advertir la producción del paro cardíaco al quedar exangüe la zona en que operaba al cesar el flujo sanguíneo por la parada cardíaca, circunstancia que no resulta acreditada en autos. Por todo ello, ha de concluirse que el codemandado Don H., médico cirujano que intervino a Don E., observó en la prestación de sus servicios profesionales las reglas técnicas adecuadas a la operación quirúrgica que llevó a cabo y no puede imputársele el daño producido por la inobservancia de reglas técnicas propias de otras responsabilidades médicas ajenas a la por él practicada.

En consecuencia, procede admitir este último motivo de que consta el recurso con la consiguiente casación y revocación de la de primera instancia en cuanto condena a Don H. al pago de la indemnización solicitada, procediendo, por el contrario, absolver al mismo de la demanda con imposición de las costas de primera instancia a él referidas. a la parte actora de acuerdo con el art. 523, párrafo primero, de la Ley de Enjuiciamiento civil, y sin hacer expresa condena en las causadas en la segunda instancia ni en este recurso, a tenor de los artículos 710 y 1.715 de dicha Ley, y procediendo la devolución al mismo del depósito constituido a tenor del precepto últimamente citado, depósito cuya constitución no era necesaria en el presente caso al no ser conformes de toda conformidad las sentencias recaídas en primera y segunda instancia (art. 1.703 de la Ley Procesal civil)."

En síntesis, la Sala declara que no corresponde al cirujano la aplicación de las reglas técnicas adecuadas para mantener las funciones vitales óptimas del paciente durante y después de la operación quirúrgica, o para su reanimación al advertir la presencia de una situación crítica del mismo.

Dicho de otro modo, frente al criterio de la Audiencia que entendió que incumbía a ambos profesionales la atención al paciente en el episodio concreto de que se trataba, el Supremo -con lujo de argumentos- procede a la individualización de competencias de que antes hablábamos, para así establecer las fronteras entre las respectivas responsabilidades de uno y otro facultativos.

3. No obstante este pronunciamiento del Supremo, que nos parece impecable. creo oportuno plantear una cuestión de interés en la materia que nos ocupa y que se suscitó, aunque muy de pasada, en la demanda rectora de estos autos. Cuestión que, por otra parte, puede afectar a

un elevadísimo número de casos de responsabilidad por la actuación del anestesta.

Me refiero al conocido fenómeno de que de ordinario el paciente acude al cirujano y de que cuando éste aconseja llevar a cabo una intervención quirúrgica, que de hecho se practica, lo habitual es que sea el propio cirujano el que designe el anestesta que ha de actuar en la operación.

No es infrecuente que el paciente no ya sólo no entable lo que llamaríamos una relación contractual normal con el anestesta (en el sentido de concertar un pacto de fisonomía clásica), sino que suele suceder que el cliente no conozca siquiera la identidad de ese anestesta.

Circunstancia por la que en principio podría suscitarse la nada despreciable cuestión doctrinal sobre si el cirujano responde de la actuación del anestesta, no como consecuencia de la inobservancia de su propia *lex artis* (la del cirujano) sino a causa de su elección de aquel anestesta; lo que de hecho suele resultar de la práctica habitual de que un determinado cirujano actúe con la colaboración de un también concreto anestesta, formando parte así -los dos- de lo que se suele denominar "un equipo médico",

De hecho, en el pleito que nos ocupa, y al hablarse de la legitimación de los demandados, en la demanda se justificaba la pasiva del cirujano Don H., añadiéndose: "... por ser la persona con la que se convino y aceptó el acto médico, quien, en su calidad de director del equipo médico interviniente, precisó, también, de los servicios de la demandada, la anestesta Doña B. ",

Se atisba, por tanto, una imputación a Don H. por presunta culpa en la elección o designación de la citada anestesta Doña B.

En este punto, que merece desde luego tratamiento más amplio impropio de este lugar, manifiesto mi opinión en el sentido de que lo que en estas hipótesis puede ocurrir es que nos encontremos en presencia de una relación jurídica de mandato, en su modalidad de perfección tácita (párrafo tercero del artículo 1.710 del Código civil), por cuya virtud el cirujano recibe el "encargo" de designar él mismo a la persona que ha de actuar como anestesta en el acto quirúrgico.

Sentada esta hipótesis de trabajo, en términos generales nos parece difícilmente sostenible hacer recaer sobre el cirujano las consecuencias de lo que haya podido ser una mala práctica médica por parte del anestesta.

A modo de apunte se me ocurre invocar el principio contenido en el número 2º del artículo 1.721 del Código civil, que determina que el mandatario responde de la gestión del sustituto cuando se le ha dado la facultad de nombrarlo, pero sin designar la persona y si el nombrado fuere notoriamente incapaz.

No estamos, evidentemente, en presencia de un caso de "sustituto del mandatario", pero en ese precepto vemos un principio que sería perfectamente trasplantable al caso que nos ocupa, por vía de analogía y al amparo del artículo 4º.1 del Código civil.

Dicho de otro modo, y de acuerdo con esta interpretación, podría alcanzar responsabilidad al cirujano si la trayectoria profesional del anestesista le revelara como inexperto o negligente, esto es, no en el caso en que la culpa profesional del anestesista se hubiere manifestado por primera vez en el acto quirúrgico concreto de que se trate o, todavía más (dado que un cierto margen de equivocación es tolerable en toda actividad profesional, en términos relativos), tampoco en aquellas circunstancias en que se puede afirmar que la actividad profesional de ese anestesista es "generalmente" correcta.

Habría que dejar a salvo -como hipótesis de posible responsabilidad del cirujano por la elección de un determinado anestesista- el supuesto en el que las particularidades técnicas del caso justificasen la adopción de una particular cautela por parte de aquél en la elección del anestesista, en razón, por ejemplo, a una también especial competencia, destreza, experiencia o especialización que viniesen impuestas por el tipo de intervención quirúrgica, o por características singulares del enfermo, etc.

Sería también un caso de posible responsabilidad del cirujano por la actuación del anestesista (aunque aquí no por "culpa en la elección", sino por negligencia del propio cirujano en su específico campo de actuación) aquel en que ese cirujano no se hubiese asegurado de que se cumplen por el anestesista los actos normales de su actividad y de que éste colabora en las condiciones de diligencia normal al objetivo común del "equipo".

Ahora bien, este criterio que acabo de expresar debe aplicarse, a mi juicio, de forma restrictiva y sólo cuando las circunstancias concretas de un caso justifican una atención especial del cirujano a lo que el anestesista hace. Porque, de no ser así, vendría a concluirse que aquél responde siempre de lo que este último efectúa; tesis que como regla general me parece inadmisibles. De hecho, el Tribunal Supremo -en la sentencia que nos ocupa- la rechaza.

En este sentido es digno de citarse el caso resuelto por el Tribunal de Apelación de Toulouse en sentencia de 24 de abril de 1973. Se trata de una resolución en la que a primera vista parece sostenerse la teoría de una genérica responsabilidad del cirujano por todo lo que sucede en el quirófano. De hecho, se dice que "la conducción y la organización general de la operación corresponde al cirujano". Pero una lectura más atenta nos advierte que lo que en aquel caso motivó la condena del cirujano fue el hecho de que éste, antes de tomar la decisión de operar a pesar del deficiente estado de la enferma, tenía el "deber imperioso" de asegurarse de que el anestesista reanimador conocía dicho estado y había adoptado las precauciones adecuadas. y que, habiendo comprobado en el curso de la operación que ésta iba a ser más larga de lo previsto, tenía igualmente el deber de pedir al anestesista la instalación de una perfusión destinada a compensar la pérdida de volumen sanguíneo.

Lo que está claro es que otro modo de entender las cosas (es decir, un criterio extensivo en la responsabilización del cirujano por los actos profesionales del anestesista) tendría que conducir, por elemental cautela de aquél, a una radical modificación del *modus operandi* actual en punto a la designación, determinación o identificación de los anestesistas actuantes en los quirófanos.

6. LA CONDENA AL ANESTESISTA: ¿UN CASO DE "CULPA VIRTUAL"?

1. Nos parecen oportunas ciertas consideraciones sobre la posición actual de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil del médico, como pórtico del último extremo de este comentario, esto es, el relativo a la forma en que el Tribunal Supremo llega a la desestimación del recurso de casación promovido por la anestesista Doña B., que según estamos viendo resultó ser -en definitiva- la única condena en este pleito.

Forzoso es recordar que en materia de responsabilidad civil rige hoy el criterio jurisprudencial de que cuando como consecuencia de una acción u omisión se produce daño a otro debe presumirse la culpa del agente, de suerte que a la víctima le basta probar la realidad del daño y la relación de causalidad entre la conducta del presunto responsable y ese daño. Entre las explicaciones de esta doctrina de los tribunales debe incluirse el impacto que en el Derecho de daños han tenido los principios de solidaridad conducentes a un criterio *pro damnato*, esto es, a una forma de reflexión por cuya virtud se persigue el objetivo de indemnizar al perjudicado a toda costa, liberándole de la gravosa carga de tener que de-

mostrar que el agente causó el daño por negligencia, impericia o descuido: en suma, por su culpa.

Pues bien, constituye excepción a este criterio jurisprudencial el caso de los profesionales y en concreto el de los médicos, que es el que han tenido más oportunidades de juzgar los tribunales españoles.

No es el momento de entrar aquí en consideraciones acerca de la razón de ser de esta excepción (que a mi juicio no es ningún privilegio, sino simplemente eso, una excepción). siendo bastante ahora ponerla de relieve.

Dice el Tribunal Supremo que presuponer la culpa del médico, o atribuirle alguna suerte de responsabilidad objetiva (esto es, hacerle responder como consecuencia de su función profesional), "sin consideración alguna de si ese actuar fue correcto por plena y absoluta adaptación a los medios de curación posibles a emplear, tanto supondría como el cercenar su actuar, pues que lógicamente se inhibiría de hacerlo, con evidente perjuicio para el paciente y la sociedad en general ante el temor, en casos delicados, de que a pesar de actuar correctamente, o sea con plena adaptación a los medios y técnica a emplear, el resultado favorable al paciente no llegara a obtenerse".

Manifiesta también el Tribunal Supremo que en la conducta de los profesionales sanitarios queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por la Sala para los daños de otro origen.

Y esto porque el Tribunal Supremo es consciente de "lo aleatorio existente en la ciencia médica", así como el significado del "simple factor reaccional del enfermo".

Del mismo modo que admite que "en materia de intervenciones médicas, y concretamente quirúrgicas, las consecuencias, que de éstas resulten pueden ser atribuibles a complicaciones imprevisibles y siempre posibles con mayor o menor riesgo según la clase de intervención..." Al igual que alude a "la Posibilidad de complicaciones ajenas al buen actuar profesional del médico". O a "incidencias inesperables" en su quehacer.

Dice en otro caso el Tribunal Supremo que "la carga de la prueba del médico interviniente en una operación quirúrgica generante del resultado dañoso que considera el artículo 1.902 del Código civil y consiguiente relación causal, precisa para la aplicación de responsabilidad con base en ese precepto legal, no se produce meramente como consecuencia del acto de realización de dicha intervención quirúrgica."

No faltan alusiones a "reacciones o anomalías de origen humano en el paciente, no previsibles", que exculpan al médico. A quien, dice otra sentencia, "no le es exigible la infalibilidad".

Por ello, no responde el profesional cuando los criterios de la *lex artis* del médico no permiten deducir que en el curso de su actuación surja "un evento de inesperada realidad, imprevisto o inevitable".

Todo ello mueve al Tribunal Supremo a declarar que la responsabilidad del médico "ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele desconocimiento de los deberes que deriven del estado de la ciencia médica, por lo que no se puede exigir al facultativo que venza dificultades que puedan ser equiparables a la imposibilidad". Ha de quedar patente, en suma, la conducta negligente o culpable del médico para que pueda condenarse.

En aplicación más concreta, también ha declarado algún tribunal que "la elección de un tratamiento supone escoger entre las varias posibilidades con valor terapéutico que la Medicina ofrece para una enfermedad, sin que se pueda culpar a un médico del fracaso de la opción elegida, siempre que ésta sea científicamente defendible".

Es también pronunciamiento jurisprudencial constante, en concordancia con lo que se acaba de decir, el de que incumbe al perjudicado probar la culpa del médico demandado.

Como consecuencia de la no presunción de culpa respecto al médico, el paciente demandante no sólo debe acreditar el daño, esto es, el desenlace de la acción de facultativo, sino también que éste -en su actuación- no se ajustó a la *lex artis* o regla de su ciencia.

Dice el Supremo a este respecto que "la obligación del profesional sanitario se concreta en proporcionar al paciente todos los medios curativos de que disponga, según el estado de la ciencia, necesitándose probar el reproche culpabilístico del agente y la relación o nexo causal entre el acto culpable, o la omisión, y el daño producido".

No obstante todo lo anterior, tanto los tribunales como los autores se han planteado la pregunta sobre si es razonable mantener en todo su rigor ese principio de que en el médico no se presume la culpa y de que, por ello, es el paciente el que debe demostrarla para que el facultativo sea condenado a indemnizar.

Pregunta que tiene innegable fundamento en la circunstancia de que de ordinario el paciente no tiene me-

dios para enjuiciar el proceder del profesional y muchas veces incluso ignora en qué consistió su actuación. En realidad, es el segundo reparo el que condiciona el primero, puesto que para éste puede ser eficaz la prueba pericial que en el pleito se practica y con cuyo resultado los jueces tienen elementos de juicio para resolver justamente.

a) En vista de estas objeciones, los tribunales extranjeros resuelven a veces haciendo uso de un mecanismo intelectual basado en lo que autores franceses han llamado la culpa virtual".

Se ha formulado este concepto al amparo de la siguiente reflexión: cuando el resultado provocado por la intervención médica es dañino e incompatible con las consecuencias de una terapéutica normal, se está en presencia de un modo de prueba que podría considerarse "elíptico", conducente de hecho a un sistema de presunción de culpa.

Por decirlo de otro modo, a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado de acuerdo con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente.

En otras palabras, se tiende a aliviar la pesada carga probatoria del paciente. no siendo ya necesaria una prueba acabada o completa de culpa en el actuar del médico sino deduciéndose ésta de determinados hechos que *prima facie* permiten presumirla según las reglas del criterio humano, que no son otras que las de la lógica. Es la técnica deductiva que permite concluir que hubo negligencia en el médico porque la experiencia común revela que en el curso ordinario de las cosas ciertos accidentes no pueden ocurrir si no es por una crasa incompetencia o falta de cuidado.

b) Otro razonamiento por el que se alivia la situación procesal del paciente en un pleito de reclamación de responsabilidad es el que, a partir del principio de igualdad de tratamiento de las partes en el proceso, exige que el médico haga posible al enfermo la prueba de su pretensión.

Se facilita la carga de la prueba -que en principio corresponde al paciente- a través del reconocimiento judicial de la existencia de una obligación de documentación que constituye un aspecto del deber de información del médico. Dicho principio exige que el facultativo haga posible al enfermo la prueba indiciaria a través de la diligente redacción de los datos clínicos. En el marco de la relación de paridad entre el médico y el enfermo, satis-

face el interés primario del enfermo el ser adecuadamente informado y poder examinar, si lo desea, los documentos pertinentes sobre el transcurso de la enfermedad. En otras palabras, el deber de certificación puede tener influencia en la distribución de la carga de la prueba. Es claro, por ejemplo, que el médico resulta perjudicado en el plano probatorio no sólo si sustrae o altera documentos que tienen importancia para arrojar luz sobre la controversia, sino también si la redacción de los actos médicos es inexacta o incompleta.

c) También ha de tenerse presente que la no inversión de la carga de la prueba no significa, desde luego, que el tribunal no pueda llegar a una conclusión de responsabilidad del médico basada en la utilización de la prueba de presunciones. Prueba de presunciones que en este caso consistirá (para llegar a un desenlace condenatorio) en excluir la concurrencia o interferencia, entre el proceder del médico y el resultado dañoso, de una circunstancia ajena al curso natural de los acontecimientos. Esta exclusión, ciertamente, sólo puede operar a la luz de premisas que la ciencia médica proporcione, no pocas veces en función de datos derivados de la experiencia o, si se quiere, de la probabilidad estadística.

d) Igualmente, se advierte en la jurisprudencia una ruptura de la regla general que nos ocupa cuando se trata de daños resultantes de la aplicación de productos o utilización de objetos por parte del médico.

Aunque todavía no muy arraigada en nuestro país, hay una tendencia jurisprudencial extranjera que sugiere la distinción entre los daños que resultan del acto médico en sí, es decir, de la prestación propiamente dicha a cargo del facultativo, y por otra parte los daños que derivan del carácter presuntamente defectuoso del material o de "un material". En el primer caso es necesario probar la culpa del médico, porque se trata del ámbito de actuación afectado por una inevitable aleatoriedad. En el segundo supuesto, por el contrario, es legítimo imputar al médico una obligación de resultado: la defectuosidad del material es bastante para dar lugar a su responsabilidad, independientemente de si hubo prueba de su culpa.

Por ejemplo, un acto de transfusión de sangre hace responder del daño causado cuando la sangre transfundida está afectada por una contaminación; sería el caso de contaminación por el agente de la sífilis, o de la hepatitis, o del sida. Otro tanto podría decirse respecto del odontólogo, en el supuesto de defectos de la prótesis que aplica.

El Tribunal Supremo ha aplicado este criterio al condenar al médico en atención al resultado dimanante de su actuación, pero en función de un razonamiento de

cierta objetividad como es el consistente en la presumible composición de un fármaco aplicado al paciente. La Sala sienta la premisa de que la no presunción de culpa contra el médico no puede interpretarse sin más como una rigurosa imposición de la carga probatoria al paciente. A partir de este principio, el Tribunal Supremo acude a un criterio de "flexibilidad" de las reglas sobre distribución de la carga de la prueba. Quizá quepa sostener que en esta sentencia se hizo uso del antes citado criterio de la "culpa virtual", dado que lo que el Tribunal Supremo parece dar por descontado es que el daño sufrido por el paciente no pudo imputarse (a la luz de argumentos científicos) a una causa distinta de la de composición del fármaco que había sido aplicado al enfermo.

Es admisible que en la hipótesis en que el facultativo desempeña su actividad con "instrumentos", en el sentido más amplio de esta expresión, se concentra o reduce la gama de circunstancias que pueden conducir a un desenlace lesivo para el paciente. Extremo que a su vez podría constituir elemento que facilitase la valoración de la prueba hasta el punto de poder llegar, por exclusión, a la apreciación de culpa en el proceder del médico. Todo ello, desde luego, sobre la base de que quede descartada la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que pueden hacer fracasar una actuación médica, por muy correcta e irreprochable que sea. Ahí estaría ese "juicio por exclusión" de que acabo de hablar.

e) Por fin, debe advertirse que en ocasiones la condena del médico viene dada no tanto por su impericia o negligencia profesionales, sino por la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico.

2. Hechas estas consideraciones, procede examinar los razonamientos expuestos por el Supremo para desestimar el recurso de Doña B.

No corresponde entrar aquí en el detalle del fracaso de los tres motivos que se articularon bajo el ordinal 4º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, ni del que alegaba infracción del artículo 1.214 del Código civil, ni del que invocaba infracción del 1.249 del mismo cuerpo legal. Se trata, desde luego, de interesantes extremos pero que creo impropios del destino de este comentario.

En cambio, sí reviste importancia "de fondo" el fundamento jurídico séptimo de la sentencia, en el que la Sala razona sobre la desestimación del motivo que invocaba infracción del artículo 24 de la Constitución española, en concreto el principio de presunción de inocencia.

Dice al respecto la sentencia:

"El motivo cuarto invoca infracción del artículo 24 de la Constitución española puesto que, se dice, la sentencia recurrida vulnera el principio de presunción de inocencia al partir de un supuesto de culpabilidad médica basado en la inexistencia de un dato en la hoja de anestesia y estableciendo una serie de presunciones no ajustadas a Derecho ni a la sana crítica atentatorias del citado principio. Dice la sentencia de esta Sala de 2 de marzo de 1990 que "la presunción de inocencia reconocida en el artículo 24 de la Constitución española, se extiende a cualquier efecto jurídico desfavorable aun en el ámbito civil y administrativo en cuanto se trate de resoluciones judiciales basadas en hechos afirmados en el correspondiente procedimiento que no se reconozcan acreditados, puesto que la mencionada presunción es de índole juris tantum, que, como de tal índole, puede ser destruida por cualquier medio de prueba libremente valorado por el Juez o Tribunal que conoce de la cuestión, lo que conduce a que para que resulte admisible el recurso de casación por infracción de la presunción de inocencia ha de fundamentarse mediante la referencia a actos concretos que gocen de verosimilitud o que la aplicación de la decisión judicial se haya producido sin apoyo alguno y no al modo en que haya sido valorado"; en el caso de autos, la sentencia recurrida declara probados los hechos de que parte para establecer la responsabilidad de la recurrente, a través de un examen de los medios probatorios obrantes en los autos como se explicita en el fundamento cuarto, concretamente de las pruebas documental y testifical, así como de los informes periciales emitidos, todo lo cual es bastante a destruir la presunción juris tantum contenida en el citado artículo 24 de la Constitución, aparte de que, como tiene declarado esta Sala (sentencias de 20 de febrero de 1989, 25 de marzo de 1991 y 7 de enero de 1992), "el artículo 24.2 de la Constitución, establecedor de tal presunción, no es aplicable al caso de culpa extracontractual, habiendo de referirse en todo caso a normas represivas, punitivas o san-

cionadoras cuyo carácter no tienen los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil, pues la indemnización que contemplan es de significación reparadora o de compensación, para conseguir que el patrimonio del lesionado quede, por efecto de la indemnización y a costa de los responsables del daño, en situación equivalente al que tenía antes de sufrirlo", Todo lo cual hace improsperable el motivo examinado."

3. Por fin, es el fundamento jurídico octavo el que contempla el aspecto nuclear de este asunto, es decir, el que se refiere a la apreciación de la culpa del anestesista a la luz del artículo 1.104 del Código civil, definidor de lo que constituye la negligencia y aplicable, según constante doctrina jurisprudencial, a la responsabilidad extracontractual.

En este punto, la sentencia razona así:

"El motivo quinto alega infracción del artículo 1.104 del Código civil y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Como se dice en el segundo fundamento de esta resolución, recogiendo la doctrina reiterada de esta Sala, en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere la inversión de la carga de la prueba que rige para otras materias, por lo que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, reproche que en el presente caso tiene su fundamento en la falta de vigilancia y el no empleo de los medios adecuados, vulnerando la *lex artis ad hoc*. Declarado probado en autos que la intervención se realizó sin monitor para el control de la actividad eléctrica del corazón del paciente, lo que impidió a los médicos intervinientes advertir la parada cardíaca en el momento de producirse, sin que tal dato de hecho haya sido desvirtuado por este recurso, es correcta la calificación de negligente de la conducta de la anesistióloga que hace la sentencia recurrida, ya que entre sus deberes profesionales se incluye la de mantener las condiciones vitales del paciente en condiciones óptimas antes, durante y después de la intervención, así como la de su reanimación cuando se haya producido la situación crítica en que aquellas funciones se

vean gravemente desequilibradas; el empleo de la monitorización de la actividad cardíaca del paciente hubiera permitido a la recurrente apreciar el fallo cardíaco en el momento de surgir el mismo y aplicar las técnicas adecuadas de reanimación con la prontitud necesaria para poder evitar la anoxia cerebral padecida por el paciente y las graves consecuencias de la misma; pues bien, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial citada, el médico no está obligado a obtener la curación del enfermo, si lo está a usar todos aquellos que, según el estado de la ciencia, puedan conseguirla y ello con la diligencia debida. Declarado probado así mismo el retraso en el empleo del desfibrilador, sin que tal declaración haya quedado desvirtuada, ello implica igualmente una conducta negligente de la recurrente ya que tratándose de una fibrilación presenciada "cuando el paciente está previamente monitorizado, o se consigue hacerlo en los primeros sesenta segundos de evolución si se detecta fibrilación ventricular, se procederá como primer paso a la desfibrilación eléctrica", según el Plan Nacional para la difusión y enseñanza de la Resucitación cardiopulmonar (folios 714 y 715), sin que tal retraso en el uso del citado aparato quede justificado, como se pretende en el recurso, por la situación alejada del quirófano en que se realizaba la operación del desfibrilador, ya que la anestesista ha de tener a su disposición, para su aplicación en tiempo óptimo, todos los medios que, según las circunstancias de tiempo y lugar, permitan cumplir sus deberes profesionales con las mayores garantías de éxito aun cuando éste no llegue a conseguirse por circunstancias extrañas a su actuar profesional; en consecuencia, no se ha producido la infracción del artículo 1.104 del Código civil que se denuncia en el motivo que, por ello, ha de ser desestimado, al igual que el sexto en que se acusa infracción del artículo 1.105 del mismo cuerpo legal, pues en el mismo se hace supuesto de la cuestión al no respetarse los hechos probados; es evidente que la aplicación de la anestesia comporta riesgos y que los mismos pueden ser evitados adoptando las

técnicas adecuadas. cuya simple existencia está basada en la realidad de tales riesgos y sobre su previsibilidad y evitabilidad, al igual que, como se pone de manifiesto en los informes periciales, obrantes a los folios 574 y siguientes y 699 y siguientes, la maniobra de colocar al paciente en la posición de decúbito supino desde la de decúbito prono en que se le mantuvo durante la intervención quirúrgica entraña riesgos que exigen la actuación directa del anesthesiólogo que, en el caso, pudo advertir la parada cardíaca inmediatamente y adoptar las medidas necesarias en tiempo útil para evitar las consecuencias que necesariamente se derivarían de la anoxia cerebral causada por aquella parada cardíaca; al estar acreditado que fue ese repetido retardo en advertir la producción de la parada cardíaca, así como en el uso de los medios tendientes a evitarlas, la causa de las lesiones padecidas por el hijo de los actores, no se ha infringido el artículo 1.105 del Código civil, por lo que no debe prosperar este motivo de casación."

La Sala, en consecuencia, aprecia la concurrencia de culpa en la anestesia demandada. De un lado, por no haberse cuidado de que el paciente estuviera debidamente monitorizado, a fin de aperebirse de una eventual parada de la actividad cardíaca. De otra parte, por no haber hecho uso del desfibrilador, extremo este en el que -sin embargo- el razonamiento de la Sala no parece del todo convincente por no haberse probado que la parada cardíaca fue producto de fibrilación ventricular. En este punto me remito a lo que más arriba he señalado en relación con un caso relativamente parecido al que nos ocupa.

Pero cabe preguntarse si además no jugó en el criterio del Supremo (aunque sin citarla expresamente) la doctrina de la "culpa virtual" a que antes me he referido, por cuanto que en su última parte la Sala pone de manifiesto que, siendo evidente que la aplicación de la anestesia comporta riesgos; y que los mismos pueden ser evita-

dos adoptando las técnicas adecuadas, corresponde al natural proceder del anestesista -de acuerdo con las razonables exigencias de su especialidad- adoptar los medios para advertir la eventual parada cardíaca.

Es claro que nos encontramos en este caso ante uno que es particularmente revelador de la necesidad de adoptar mitigaciones o paliativos al principio jurisprudencial de que en materia de responsabilidad médica no cabe la presunción de culpa ni, por tanto, la inversión de la carga de la prueba. Dicho de otro modo, ante una circunstancia en la que resulta difícilmente admisible la teoría de que corresponde al paciente la demostración de que en el proceder del facultativo hubo negligencia.

Los detalles del caso hacen impensable la práctica de una prueba, a cargo del paciente, reveladora de que el facultativo incurrió en culpa en su actuación profesional. Sería tanto como hablar de una "prueba imposible" o, por utilizar expresión clásica, una "prueba diabólica".

A partir de esta premisa, y abstracción hecha del significado que la Sala atribuye a la falta de monitorización (y mucho más del que otorga al no uso del desfibrilador, que no parece tan convincente), lo que sí mueve a reflexión -y en definitiva a aceptar el razonamiento del Supremo- es que al desgraciado desenlace (no precedido de ningún antecedente inquietante) ha de dársele una explicación que corresponde hacer al médico encausado.

No se trata tanto de una estricta inversión de la carga de la prueba (que el Tribunal Supremo descarta para los médicos), sino de algo que, aun parecido al anterior, es conceptualmente distinto. Me refiero a la circunstancia de que si en el curso normal o natural de los acontecimientos en un acto quirúrgico no es razonable esperar un determinado resultado (dato que proporcionará el estado de la ciencia médica en cada momento), un razonamiento basado en lo que los hechos "dicen por sí mismos" (el *res ipsa loquitur* del Derecho anglosajón) no contradice las exigencias jurisprudenciales establecidas en este campo.

En suma, la sentencia es convincente a mi juicio y creo, por ello, justificada la atención que debe merecer.

