

## EN TORNO A LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR LA ATENCIÓN MÉDICA DISPENSADA A LOS PACIENTES <sup>(1)</sup>

Ernesto García-Trevijano Garnica  
*Letrado del Consejo de Estado*

I. Es fácil constatar el progresivo aumento de la conflictividad en el ámbito de la atención sanitaria. Bajo la influencia quizá de los sistemas de responsabilidad que operan en otros países incluso por haber asumido los ciudadanos una mayor conciencia de sus derechos, se observa un importante aumento de las reclamaciones de indemnización de daños y perjuicios en el ámbito sanitario, lo que está provocando una justificada y honda preocupación, tanto en el personal sanitario (y también, obviamente, en las organizaciones administrativas públicas para las que prestan servicios) como en los propios pacientes.

Esta problemática debe ser abordada, a mi juicio, huyendo de posiciones extremas, que pretendan hacer de hecho al personal sanitario intocable o, por el contrario, que pretenda exigirseles en su actuación resultados que ni siquiera la ciencia médica puede asegurar.

Es cierto que este aumento de la conflictividad puede dar lugar a un verdadero colapso, especialmente de la medicina pública, toda vez que si se observa al paciente como un potencial enemigo, futuro actor en un proceso judicial, el personal sanitario puede tender, por ejemplo, a ser exhaustivo más allá de lo razonable (y de lo soportable para las arcas

---

(1) Constituye sustancialmente el texto de la conferencia que el autor tuvo ocasión de impartir el día 18 de abril de 1995, en la Escuela Militar de Sanidad, dentro del curso organizado por la Escuela Militar Estudios Jurídicos sobre la responsabilidad en la actividad sanitaria, dirigido especialmente a los médicos militares.

públicas) en la realización de pruebas para alcanzar, por ejemplo, el correspondiente diagnóstico, y evitar con ello su eventual responsabilidad.

II. Hecha esta breve reflexión inicial, la presente conferencia, consciente de a quienes va dirigida (fundamentalmente personal sanitario), voy a dividirla en tres partes diferenciadas, que creo de especial trascendencia: la primera de ellas, de carácter esencialmente procesal, va a referirse brevemente a exponer la problemática de las vías a través de las cuales es exigible la responsabilidad de los médicos y demás personal sanitario; en segundo término, se expondrán las características del régimen administrativo de responsabilidad patrimonial, con especial referencia a la necesaria distinción entre medicina terapéutica, medicina voluntaria y lo que podría denominarse como medicina mixta; y, por último, me referiré al alcance del derecho del paciente (y sus familiares) a ser informado.

Estos aspectos se exponen a continuación fundamentalmente a partir de la experiencia adquirida en el Consejo de Estado, a través de la emisión de múltiples dictámenes (sobre todo recientemente) relativos a reclamaciones formuladas en el ámbito sanitario.

III. En cuanto a la primera cuestión (a través de qué vía o vías es exigible la responsabilidad de los médicos y demás personal sanitario), me interesa plantearla desde la perspectiva del personal sanitario que se inserta en una organización administrativa.

Hasta ahora es fácil constatar, al menos de hecho, que ha existido una amplia libertad de elección de la vía jurisdiccional a través de la que exigir la responsabilidad del personal sanitario (o de la Administración en la que prestan sus servicios).

La elección de la vía laboral, contencioso-administrativa, penal o incluso civil (aún cuando el efecto dañoso se hubiera producido en el seno del servicio prestado por una Administración Pública), constituye una situación objetivamente criticable. Y ello no sólo porque en ocasiones la vía elegida dependía de la habilidad del letrado que llevara la dirección jurídica (conocedor de la postura sostenida por cada orden jurisdiccional), sino porque también introducía una cierta perplejidad e incertidumbre sobre el eventual acierto o desacierto de la vía finalmente elegida (que a veces se salvaba por aplicación del principio de "economía procesal").

La problemática derivada del orden jurisdiccional competente cuando se demanda a una Administración, no es, obviamente, algo nuevo, sino que, por el contrario, desde hace años, conscientes de tales dificultades,

algunos autores han propugnado la “unidad de jurisdicción” mostrándose favorables a reconocer a la jurisdicción contencioso-administrativa como competente para conocer de cualquier cuestión que se suscite en relación con una Administración Pública, aunque la controversia se suscite en el seno de una relación de derecho privado. Se propugna así dar primacía, no tanto a la naturaleza jurídica de la relación entablada, cuanto a la condición subjetiva de ser una entidad pública.

Pues bien, sin necesidad de ahondar en estas cuestiones, lo cierto es que en la actualidad se ha producido un importante viraje en relación con esta cuestión. De esta manera, junto a la vía penal (los Jueces penales tienen competencia exclusiva para conocer de tales cuestiones penales), el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, al menos en el ámbito de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, se va imponiendo como la única competente para conocer de tales cuestiones.

Esta tendencia unificadora en favor de dicho orden jurisdiccional deriva de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común, desarrollada en este aspecto por el Real Decreto 429/1993, 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento en materia de responsabilidad patrimonial.

Recientemente estas normas han sido interpretadas por el Auto del Tribunal Supremo de 7 de julio de 1994, dictado en el conflicto de competencia 3-94-c, en el que se llega a la conclusión de que la Ley 30/92 ha vuelto al sistema de unidad jurisdiccional en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas también, por tanto, en el ámbito sanitario) previsto ya en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956. De dicho trascendental Auto cabe extraer sustancialmente las siguientes conclusiones:

— Todas las reclamaciones de daños y perjuicios que se presenten por o con ocasión de la asistencia sanitaria, deben tramitarse siguiendo el procedimiento administrativo procedente.

— La resolución que se dicte en dicho procedimiento administrativo será impugnable (art. 142.6 de la Ley 30/92) ante los Tribunales Contencioso-Administrativos.

— El principio unificador perseguido por la Ley 30/92 se plasma, no sólo en la citada unificación procedimental y jurisdiccional, sino también —y esto es importante destacarlo— en la aplicación del derecho sustanti-

vo administrativo. Cuando se formule una reclamación de daños y perjuicios contra una Administración Pública, será aplicable la legislación sustantiva administrativa sobre responsabilidad.

— La circunstancia de que la persona que reclama esté afiliada a la Seguridad Social o a otro régimen de previsión similar (como suele acontecer en la mayoría de los casos), no excluye —como consecuencia de esa relación más intensa derivada de la afiliación— la aplicación del régimen jurídico administrativo de responsabilidad extracontractual.

El Tribunal Supremo, en el citado Auto de 7 de julio de 1994, sostiene que en tales casos, frente a la “prestación” en dicho ámbito de la Seguridad Social, debe prevalecer la actividad de “servicio público” sanitario, llegando de esta manera a la conclusión de que también cuando la reclamación se presente por un afiliado a la Seguridad Social y como consecuencia de la prestación que se le dispensa por tal condición, también serán operativas las tres conclusiones anteriores (tramitación de la reclamación a través del correspondiente procedimiento administrativo, cuyo resultado será fiscalizable por la jurisdicción contencioso-administrativo y aplicando, además, el régimen sustantivo administrativo sobre responsabilidad).

Aún con las críticas que podrían hacerse frente a la interpretación que el citado Auto realiza de la Ley 30/92, lo cierto es que, desde un punto de vista abstracto, la unidad de jurisdicción merece, a mi juicio, una crítica favorable, pues tenderá a evitar lo que el propio Auto denominaba como “peregrinaje jurisdiccional”, introduciendo en este ámbito, en definitiva, una mayor certidumbre jurídica y racionalidad.

IV. En cuanto a la segunda cuestión suscitada (régimen administrativo de responsabilidad patrimonial), tres aspectos conviene resaltar:

— En primer lugar, la responsabilidad es objetiva, lo que significa que para que se reconozca tal responsabilidad de la administración, no será precisa la mediación de culpa o negligencia por parte del personal que trabaja para dicha Administración.

De ahí que, en el ámbito de la prestación sanitaria dispensada por las Administraciones Públicas, debe disiparse cualquier confusión que relacione inexorablemente la estimación de las reclamaciones de daños y perjuicios con la mediación de algún tipo de negligencia por parte del personal sanitario. Precisamente la afirmación del carácter objetivo de la responsabilidad tiende a obviar dicho elemento culpabilístico, pudiendo

llegar a reconocerse efectivamente la responsabilidad de la Administración, como se dice, aunque el personal sanitario haya actuado correctamente.

Es cierto que en la práctica, especialmente en éste ámbito sanitario, en la mayoría de los casos, cuando se estima una reclamación, suele concurrir, en mayor o menor medida, una actuación negligente (o no con la diligencia debida) del personal sanitario en la atención dispensada, ya sea como consecuencia de un error (o incluso mero descuido, si se admite como la mínima expresión del citado elemento subjetivo culpabilístico), por ejemplo de diagnóstico o en una intervención quirúrgica, o incluso por omisión, como puede ser —sobre ello volveremos más adelante— la falta de la adecuada información al paciente.

Pero aún siendo esto así, se insiste en que, al menos como principio, la condena a la Administración al pago de una cantidad en concepto de indemnización por la actuación del personal sanitario de ella dependiente, no comporta que necesariamente deba existir un médico (u otra persona dentro del ámbito sanitario) culpable.

Un ejemplo de la responsabilidad objetiva lo constituye, por ejemplo, la destrucción en su día acordada por la Administración del plasma sanguíneo almacenado por los laboratorios, destrucción que fué debida al hecho de no haber sido objeto de la correspondiente prueba de SIDA.

Dicho plasma sanguíneo se encontraba almacenado y lo había sido de acuerdo con las normas entonces en vigor. Al imponerse con carácter obligatorio la realización previa de las pruebas del SIDA, se acordó, y así se hizo, la destrucción del plasma almacenado que no hubiera sido objeto de dicha prueba. Los laboratorios afectados presentaron una reclamación ante la Administración para ser resarcidos de los perjuicios causados (coste del plasma destruido), lo que fue informado favorablemente por el Consejo del Estado al entender que dichos laboratorios no tenían que soportar los efectos perniciosos derivados de una medida que, aunque fuera legítima y necesaria, comportaban un perjuicio individualizado.

— En segundo término, ante reclamaciones de daños y perjuicios que formulen los terceros perjudicados, responde directamente la Administración en la que presta sus servicios el personal sanitario. Esta, no obstante, podrá repetir contra dicho personal cuando medie culpa o negligencia grave (no en los demás casos, como, por ejemplo, cuando haya existido un simple descuido) por lo que, en su caso, haya tenido que abonar la Administración a dicho tercero perjudicado.

— En tercer lugar, es preciso que exista una relación de causalidad entre la atención sanitaria dispensada y el efecto dañoso producido, lo que en la práctica —no se oculta— comporta importantes dificultades de prueba. Conseguir un informe médico que acredite que una determinada atención sanitaria constituye el origen de una concreta secuela, es algo difícil de conseguir, no ya simplemente por razones corporativistas mas o menos confesables, sino porque también en ocasiones, desde un punto de vista estrictamente científico y objetivo, no será posible afirmar indubitadamente dicha relación de causalidad; como ha recordado el Tribunal Supremo en numerosas ocasiones al resolver reclamaciones de este tipo, la medicina no es una ciencia exacta que permita siempre establecer la referida relación causa-efecto.

Aparte tales dificultades de prueba, y aún cuando la relación de causalidad hubiera quedado efectivamente probada, para tener derecho a ser indemnizado deberá, además, tratarse de daños que el paciente no tenga el deber jurídico de soportar.

En efecto, en ocasiones es indudable que una determinada secuela ha sido consecuencia, por ejemplo, de una intervención quirúrgica (quedando probada de esta manera la necesaria relación de causalidad). Sin embargo, la concurrencia de dicha relación de causalidad no comporta necesaria y automáticamente que la Administración deba responder frente al lesionado, sino que ello únicamente procederá cuando concurren los demás requisitos exigidos para declarar la responsabilidad patrimonial (que el daño le sea imputable, que la reclamación se formule dentro de plazo, que exista un perjuicio individualizado, efectivo y evaluable económicamente) y se trate, como se dice, de daños que el paciente no tenga el deber jurídico de soportar. Es obvio que la persona que se somete a una operación quirúrgica, por ejemplo, de apendicitis tendrá el deber jurídico de soportar la correspondiente cicatriz (siempre que no sea desproporcionada —e injustificada— a la intervención practicada) que le quede como consecuencia de dicha intervención, aspecto este sobre el que se volverá más adelante.

Pues bien, una vez ressaltados estos tres aspectos relacionados con el régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, debe distinguirse ya entre la medicina terapéutica, la medicina voluntaria y la mixta. La responsabilidad en unos y otros casos tiene un alcance diverso.

A) La medicina terapéutica, entendida como aquella que se dirige a la curación del paciente, tiene una característica fundamental tal y con

viene reconociendo el Tribunal Supremo: no se trata de una especie de arrendamiento de obras, sino en todo caso se trataría de un arrendamiento de servicios.

La atención sanitaria no asegura un resultado, afirmación esta que a veces no es fácil de asumir por los pacientes como consecuencia del propio éxito de la medicina. Los avances científicos y las mayores cotas de éxito alcanzado por la medicina dan lugar precisamente a la creación de una cierta conciencia de que los servicios sanitarios “deben” curar (en definitiva deben tener siempre éxito).

Sin embargo, esto no es así. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada según la “*lex artis ad hoc*”, y no a obtener, como se dice, un resultado curativo determinado. Es cierto que la citada *lex artis* se verá obviamente modulada por los citados avances científicos, de tal manera que la “atención adecuada” a la que tiene derecho el paciente constituye un concepto dinámico, pues podrá ser progresivamente mejor (lo que comportará una mayor exigencia desde un punto de vista cualitativo, que tendrá su reflejo también en el ámbito de la responsabilidad); pero ello no debe confundirse —se insiste— con el derecho a obtener un resultado curativo, al menos en términos generales y dentro del ámbito de la medicina terapéutica.

Y es que en realidad no puede exigirse al personal sanitario que sea infalible, toda vez que la medicina constituye una ciencia sometida a elementos extraños, que aún mediando la mayor de las diligencias posibles, su aplicación puede producir un resultado distinto del perseguido.

Todo ello tiene una clara conexión con el significado que se le atribuya a la denominada “*lex artis ad hoc*”. Tanto el Tribunal Supremo como el Consejo de Estado vienen manteniendo que dicha expresión se traduce en una asistencia adecuada en función de la preparación científica y técnica del propio personal sanitario. Varios aspectos conviene resaltar:

— La “*lex artis*” no puede ser reducida a la aplicación de una especie de manual. La medicina, como se ha resaltado, no es una ciencia exacta, de tal manera que es perfectamente admisible, por ejemplo, seguir una corriente o escuela determinada frente a otra, sin que en tal caso la falta de un resultado positivo comporte necesariamente la responsabilidad del facultativo (o por lo que ahora interesa, de la Administración en la que presta servicios dicho facultativo).

Así, por ejemplo, en el dictamen del Consejo de Estado 1242/94 se rechaza la responsabilidad patrimonial de la Administración por el hecho

de que el facultativo hubiera optado como medio terapéutico por el quirúrgico en lugar de la radiocirugía ante una hemorragia cerebral. La constancia de que existen escuelas médicas enfrentadas acerca de tal cuestión, deja un amplio margen de opción al facultativo para que pueda atender a las enseñanzas de alguna de dichas escuelas médicas, siempre, obviamente, que las circunstancias concurrentes permitan dicha opción. Como se dice, la circunstancia de no alcanzarse el resultado pretendido, no puede erigirse sin más en el fundamento de la reclamación, con el argumento de que debía haberse optado por las enseñanzas de la escuela médica opuesta (cuyo resultado, de haberse seguido, sería, en cualquier caso, incierto).

— La denominada “lex artis” debe ser concebida de manera flexible, dado el carácter evolutivo de la medicina, pues, en caso contrario, es evidente que peligrarían los avances científicos. Es más, dichos avances incluso se frenarían si se hiciera coincidir necesariamente la “lex artis” con los criterios aceptados mayoritariamente por los profesionales de la medicina.

No quiere decirse con ello que quepa sin más realizar actuaciones que podríamos denominar “cuasi experimentales”, pero sí insistir en que no cabe petrificar la “lex artis” de tal manera que se traduzca en la aplicación siempre y en cualquier circunstancia del criterio mayoritariamente aceptado.

— Por otro lado, la “lex artis” abarca, no solo las intervenciones quirúrgicas (origen de gran parte de reclamaciones), sino también al tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico mismo.

En cuanto a este último aspecto, los errores de diagnóstico (con la consiguiente aplicación de una terapia inadecuada) pueden llevar finalmente (si concurren todos los requisitos exigidos al efecto) a reconocer la responsabilidad de la Administración, bien por haber sido dicho error el origen de la secuela que finalmente padece el reclamante, bien porque tal error de diagnóstico ha agravado su situación inicial. Pero ello no significa que siempre, ante cualquier error de diagnóstico —y aún constatado dicho error—, proceda declarar la responsabilidad del médico o de la Administración para la que presta servicios.

Un ejemplo de estimación parcial de una reclamación fundamentada precisamente en un error de diagnóstico: inicialmente el reclamante fue atendido de un supuesto de esguince de tobillo cuando posteriormente se confirmó que en realidad sufría una fractura de escafoides. Este tardío diagnóstico correcto (con la consiguiente adopción, también tardía, del

adecuado tratamiento), comportó un agravamiento de la lesión sufrida fortuitamente por el reclamante.

No cabe desconocer, por otro lado, que el hecho de que el paciente sea tratado en los servicios de urgencia de un hospital, influye indudablemente en este tipo de asuntos, en los que el eventual error de diagnóstico pretende constituir el fundamento de la reclamación. En su dictamen 2631/94, el Consejo de Estado informó desfavorablemente una reclamación de este tipo: el reclamante acudió al servicio de urgencias de un hospital como consecuencia de una caída fortuita, en donde no se le diagnosticó fractura del cuello del húmero. El paciente, cuando acudió al citado servicio de urgencia, no hizo mención a ello, sino que sólo refirió dolor en el codo, muñeca y rodilla, lo que dió lugar a que el Consejo de Estado mantuviera que no hubo deficiente atención médica (ya que se le realizaron las radiografías pertinentes en los lugares en donde refería dolor), máxime tratándose de un servicio de urgencias, en donde debe tratarse con prioridad (dada la inmediatez y excepcionalidad) las dolencias manifestadas por el propio paciente.

A mi juicio, una solución distinta, al menos como criterio general, daría lugar a situaciones inviables, que llevarían a los servicios de urgencia (que tienen un objeto muy concreto) a tener que realizar —ante la eventualidad de reclamaciones de este tipo— chequeos completos de cada uno de los pacientes que ingresen por dicho servicio, para evitar que, posteriormente, puede aducirse que no se diagnosticó una determinada dolencia (aunque nada tuviera que ver con los dolores o síntomas indicados por el paciente).

— El paciente tiene el deber jurídico de soportar los efectos inherentes o propios a la terapia seguida para su curación. En tales casos faltará el requisito de que el daño sea “antijurídico”.

En efecto, no basta con que exista una relación de causalidad entre la atención sanitaria dispensada y la secuela que padece el reclamante; además, entre otros requisitos, será imprescindible, como se ha destacado, que el daño sea “antijurídico”, en el sentido, no de que la actuación sanitaria origen de la secuela haya sido ilícita, sino de que el lesionado no tenía el deber jurídico de soportar tales perjuicios.

Por ejemplo, está aceptado que el empleo de tres fármacos combinados para el tratamiento de la tuberculosis reduce prácticamente en su totalidad la posibilidad de resistencia bacteriana. El etambutol se utiliza con notable éxito en la terapéutica de varias formas de tuberculosis, y si bien se trata de un agente eficaz, relativamente poco tóxico y con buena acep-

tación por el paciente, su principal problema consiste en la neuritis óptica que se manifiesta por pérdida de agudeza visual y pérdida de la capacidad para diferenciar el color rojo del verde. Por ello se recomienda realizar pruebas de agudeza visual periódicamente, y cuando las alteraciones visuales sean considerables, debe suspenderse la administración del fármaco inmediatamente.

En el asunto dictaminado por el Consejo de Estado en su dictamen 1692/94, se suscitó precisamente una reclamación formulada por un paciente al que le había sido administrado etambutol para combatir una tuberculosis renal, ante la pérdida de agudeza visual que había sufrido. En dicho dictamen se rechazó la responsabilidad de la Administración, siempre que se sigan (como fue el caso) las pautas médicas procedentes, fundamentalmente, aparte de informar al paciente del citado efecto secundario, retirar dicho fármaco una vez refiera tales efectos pérdida de agudeza visual.

En otras palabras, a tales circunstancias el paciente tiene el deber jurídico de soportar los afectos secundarios del fármaco que se le administró, en el caso citado, para combatir una tuberculosis renal. Por lo demás, tampoco puede desconocerse que en la solución de este tipo de asuntos, en los que deberán constatarse que las secuelas constituyen propiamente efectos secundarios de un determinado fármaco o combinación de ellos, debe tomarse en consideración, además, la importancia de la enfermedad o dolencia cuya curación se pretende, siendo así que en el citado asunto la tuberculosis renal constituye una enfermedad de suficiente importancia como para que —se insiste, una vez informado el paciente— llegarán a ser aceptables los citados efectos secundarios.

Tampoco se declaró la responsabilidad, a título de ejemplo, como consecuencia de una histerectomía con perforación de recto y colon, puesto que la paciente era consciente (así se le había informado) del grave síndrome adherencial que sufría, y que hacía posible (e incluso probable) que se produjera dicha perforación, que, por lo demás, fue solventada en la propia operación. El Consejo de Estado, en su dictamen 1786/94, concluyó que había quedado acreditado que, teniendo en cuenta el particular cuadro que presentaba la paciente, la perforación rectal —subsana en la propia intervención quirúrgica y con la atención sanitaria dispensada con posterioridad— constituía una consecuencia que no podía tildarse de anormal o ajena a la propia intervención, teniendo en cuenta al referido cuadro, en particular, como se dice, el “síndrome adherencial gravísimo” que padecía.

No obstante, no debe confundirse —como a veces acontece— el efecto normal o posible derivado de una determinada atención sanitaria, con el simple accidente (aunque pueda ser más o menos habitual). Así, la rotura de un puente fijo y de varias piezas dentarias al ser anestesiado un paciente, fue entendido por el Consejo de Estado como un accidente (más que como un efecto normal o inherente a este tipo de atención), razón por la que se proponía indemnizar al reclamante lesionado (dictamen del Consejo de Estado 403/95).

En un sentido similar, a veces el olvido del instrumental (fundamentalmente gasas) durante las intervenciones quirúrgicas pretende constituir el fundamento de la reclamación. La Administración en ocasiones rechaza este tipo de reclamaciones, con el argumento que tales olvidos son frecuentes, hasta el punto de que se siguen prácticas para evitarlo, confundiendo de esta manera lo que constituye un efecto normal o inherente a una atención sanitaria con lo que es propiamente un mero accidente. Por ejemplo, en el dictamen del Consejo de Estado 1139/94 se propuso indemnizar al reclamante por los perjuicios derivados de la infección posterior a la intervención quirúrgica en la que el personal sanitario olvidó una gasa.

B) Junto a la medicina terapéutica podemos situar la denominada medicina voluntaria, entendiendo por tal aquella que no tiene finalidad curativa, sino fundamentalmente de estética.

La diferencia principal con la medicina terapéutica consiste en que, aparte de que no suele quedar cubierta por los sistemas públicos de cobertura, la medicina voluntaria se acerca más a un arrendamiento de obras (frente al de servicios).

En la medicina voluntaria, y desde la óptica de la responsabilidad patrimonial, el resultado adquiere una especial relevancia. El paciente se somete voluntariamente a una determinada intervención porque persigue un resultado, siendo esta precisamente la razón de que contrate los servicios del médico correspondiente.

Podría decirse que en estos casos se amplía el campo en el que es operativa la responsabilidad en función del resultado obtenido. En cualquier caso —se insiste— no interesa ahondar en este tipo de medicina, ya que, al no quedar cubierta normalmente por los regímenes públicos de seguridad social, las deficiencias que el paciente haya podido detectar en el resultado alcanzado, serán planteables en el marco de la concreta relación jurídica entablada entre el médico contratado y el paciente, que se traduciría, en su caso, en el planteamiento de la cuestión en vía penal o civil.

C) Por último, he aludido a la medicina mixta. Me refiero a la medicina voluntaria (no estrictamente terapéutica), pero que no tiene sólo fines meramente estéticos. Fundamentalmente me refiero a la vasectomía y atadura de trompas.

Es cierto que es posible que tales intervenciones vengan impuestas por la salud del paciente. Pero también lo es que el interesado pueda someterse voluntariamente a tales intervenciones, por ejemplo, por razones de planificación familiar. En estos casos, el resultado, sin ser absolutamente determinante, también adquiere una especial importancia o relevancia, que tiene su correlativo reflejo en la aplicación del instituto de la responsabilidad patrimonial.

No se trata en estos casos de que el facultativo deba ser infalible, pero sí de introducir una mayor exigencia en el resultado alcanzado.

No obstante, ello no significa que siempre proceda declarar la responsabilidad cuando no se alcance dicho resultado. Por ejemplo, la concepción de un hijo tras una vasectomía o atadura de trompas es algo posible (por pequeño que sea el porcentaje), toda vez que la ciencia enseña que se dan supuestos de concepción en tales circunstancias, de tal manera que si se produce, por ejemplo, una recanalización espontánea tras una vasectomía, el paciente tendrá el deber jurídico de soportar tal efecto, y con ello, según se destacó, el "daño" no podría ya calificarse como antijurídico, excluyéndose de esta manera la responsabilidad patrimonial de la Administración correspondiente.

Dos ejemplos recientes de denegación de responsabilidad en tales casos, están constituidos por los asuntos dictaminados por el Consejo de Estado bajo los números 1134/94 y 1135/94. Este último trataba de una esterilización tubárica que dio lugar finalmente a un embarazo extrauterino. Constaba acreditado que a la paciente se le había informado de los riesgos inherentes a dicha esterilización, entre ellos, la posibilidad de un embarazo extrauterino, como así aconteció.

La reclamación aducía fundamentalmente la falta de seguimiento o comprobación del éxito de la intervención. Sin embargo, al parecer la intervención fue correcta, si bien la literatura médica describe un 1-2 ‰ de fallos con esta técnica, de tal manera que la paciente, si finalmente entra dentro de dicho porcentaje (por pequeño que sea), tiene el deber jurídico de soportar el efecto derivado.

En un sentido similar, en el dictamen 1134/94 se informó un asunto relativo a una vasectomía aconsejada por un centro de planificación familiar. Tras la correspondiente intervención, se realizó el oportuno semino-

grama, con resultado de azoospermia (por dos veces). A pesar de ello, la mujer de la persona que fue intervenida quedó embarazada, y para disipar cualquier duda sobre el origen (subjetivo) de dicho embarazo, se realizó la correspondiente prueba de paternidad, con el resultado de que la persona sometida a la vasectomía era el padre con un 99,98% de probabilidades.

En este caso y a pesar de la difícil explicación desde un punto de vista científico de tal situación, se informó desfavorablemente la reclamación, al considerar que la vasectomía no garantiza la esterilidad en el 100% de los casos (y así se le informó al paciente), ya que, por ejemplo, es posible una recanalización espontánea.

V. La tercera cuestión que al principio de esta conferencia anuncié pretendía abordar, se refiere al derecho de los pacientes a ser informados, fuente reciente de multitud de reclamaciones en este ámbito sanitario.

Como es sabido, el art. 10.5 de la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, reconoce el derecho del paciente (y sus familiares) a ser informados. Precisamente las dificultades que presenta en ocasiones la calificación de una determinada secuela como “daño antijurídico” (daño que el paciente no tenga el deber jurídico de soportar), está dando lugar a que progresivamente vaya adquiriendo un mayor peso en este tipo de reclamaciones el argumento de haberse omitido el deber de informar. Aunque sea brevemente, creo imprescindible señalar algunas pautas en relación con el referido derecho a ser informado:

— La “ratio” de tal derecho se encuentra en permitir al paciente (y, en su caso, a sus familiares) adoptar de manera consciente la decisión de someterse a la terapia. No hay consentimiento libre si no hay previa información.

Por tanto, la eventual responsabilidad en este tipo de reclamaciones no hay que buscarla simplemente en el hecho de no haber informado (o no haberlo hecho adecuadamente), sino, en su caso, en que tal falta de información ha impedido finalmente que el individuo se sometiera de manera voluntaria a la terapia (asumiendo los riesgos inherentes a tal terapia).

— Es correlativo al derecho de información del paciente (y sus familiares), el deber de la Administración (el personal sanitario de ella dependiente) de informar.

— El art. 10.5 de la citada Ley General de Sanidad reconoce el derecho de “todos” “a que se les de en términos comprensibles a él o a sus familiares y allegados, información completa y continuada verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico pronóstico y alternativas de

tratamiento”. Tal precepto legal, que es obvio ser interpretado a mi juicio de acuerdo con las pautas generales siguientes:

a) Como se ha destacado acertadamente en alguna ocasión, el derecho a ser informado no puede traducirse en dar un curso acelerado de medicina al paciente, lo que, además de inútil, sería inviable en la práctica. Se trata en realidad de señalarle, en términos comprensibles, su situación y terapia a seguir.

b) La información suministrada no debe abarcar de manera exhaustiva a todos y cada uno de los aspectos que incluso en hipótesis extremas podrían derivarse de la atención sanitaria que pretende dispensársele. La razón de esta afirmación se comprende fácilmente: además de que de hecho y teniendo en cuenta nuevamente que la medicina no es una ciencia exacta, tal exhaustividad nunca llegaría a alcanzarse, lo cierto es que, si se exigiera, las explicaciones que deberían suministrar los médicos (y su correspondiente plasmación en el escrito suscrito por el paciente, en el que se acredite la información suministrada) excederían de lo razonablemente admisible y comportaría un evidente perjuicio en la prestación sanitaria misma, puesto que, entre otros aspectos, conllevaría un notable retraso por el tiempo que había que dedicar a dicho cometido.

En realidad, a mi juicio, al referido deber de información solo abarca a las circunstancias (objetivos, finalidades, eventuales secuelas o complicaciones) que razonablemente rodeen la intervención. No obstante, hay que añadir además que la circunstancia de que el efecto finalmente derivado de la atención sanitaria sea distinto de los que se incluyeron en la información facilitada (los que razonablemente se entendía podían derivarse de tal tipo de atención), no comporta necesariamente el reconocimiento del derecho a una indemnización.

En efecto, es posible que finalmente el efecto derivado de tal intervención constituya una secuela que sólo se da en hipótesis extremas (no incluida entre las que razonablemente rodean dicho tipo de intervención), lo que podrá dar lugar, a pesar que no se incluyó tal secuela en la información facilitada, a rechazar la reclamación de daños y perjuicios.

Por lo demás, tampoco la omisión misma del derecho de información comporta siempre y en cualquier caso el reconocimiento de una indemnización al paciente afectado, sino que habrá que analizar si concurren todos los requisitos exigidos al efecto (imputación, relación de causalidad, etc.)

Es incluso posible —aunque constituye una hipótesis que no suele darse en la práctica— que efectivamente haya mediado dicha omisión del

deber de información, pero que la intervención quirúrgica haya resultado un éxito, intervención a través de la cual se han solventado las dolencias del paciente. Obviamente en tal caso, y dejando a un lado otras cuestiones, habría que rechazar la reclamación, aunque fuera simplemente por la inexistencia de un verdadero daño efectivo a resarcir.

Por lo demás, el derecho del paciente a ser informado (y el correlativo deber del personal sanitario de informar) abarca cualquier atención sanitaria (no sólo las intervenciones quirúrgicas, aunque en éstas será exigible con especial rigor).

Así planteada la cuestión, cabe suscitar si, por ejemplo, en la atención ambulatoria es también exigible el deber de información y con la amplitud que se contiene en el citado art. 10.5 de la Ley General de Sanidad. De exigirse en tales casos la aplicación estricta de este precepto legal, podría fácilmente llegarse a situaciones insostenibles —lo que fácilmente causa perplejidad en el estamento médico—, ya que su rígido cumplimiento comportaría un notable retraso en la atención sanitaria, con el correspondiente perjuicio.

A pesar de ello y de las dificultades prácticas, lo cierto es que el paciente mantiene en tales casos el citado derecho a conocer “su proceso incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”. Dos aclaraciones, no obstante, deben realizarse:

— En primer lugar, que aunque el art. 10.5 citado establece que la información se dará de manera verbal y escrita, lo cierto es que, en mi opinión, si la información se hubiera facilitado de manera verbal (aunque no constara por escrito), y se probará que efectivamente tal información se facilitó, no cabría con rigor y en términos generales entender infringido el citado precepto legal.

Esta interpretación es especialmente idónea para los casos de consulta ambulatoria, en los que —no se puede ocultar— exigir que a cada paciente se le de la información por escrito (cualquiera que sea su dolencia, por mínima que fuera) colapsaría indudablemente los servicios sanitarios.

— En segundo término, la información sobre el tratamiento dispensado (y los eventuales efectos secundarios de las medicinas prescritas, especialmente en la atención ambulatoria), puede entenderse cumplido con el propio prospecto del medicamento, siempre que dicho prospecto permita razonablemente conocer a una persona no especialista en la materia el alcance (y efectos) del medicamento prescrito.

c) por otra parte, según señala el citado art. 10.5 de la Ley de Sanidad, deben ser informados el paciente y sus familiares y allegados. Esto no significa que las dolencias del paciente (con el correspondiente diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento) deban ser objeto de una general publicidad en el entorno familiar del enfermo, sino que el mencionado precepto legal debe entenderse cumplido cuando es el paciente directamente el que es informado, siempre, obviamente, que goce de la consciencia suficiente para comprender la información que se le facilita y, en definitiva, para consentir el tratamiento que pretende dispensársele.

Podría suscitarse si, atendidas las circunstancias, es posible que, desde un punto de vista terapéutico, sea aconsejable que la información no sea conocida directamente por el paciente, facilitándose en tal caso a los familiares dicha información.

Aunque es obvio que en estos casos se produce en principio una confrontación entre las eventuales exigencias terapéuticas y la literalidad del art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, a mi juicio no habría que hacer un gran esfuerzo argumental para admitir con carácter excepcional y median-do una justificación objetiva, seria y contundente, que el facultativo correspondiente pueda llegar a no informar al paciente, y si exclusivamente a los familiares, que en tal caso asumirían la responsabilidad de transmitir, en su caso, dicha información al paciente.

En cualquier caso, el deber de información cede cuando no sea posible llevarlo a efecto, como acontece, por ejemplo, cuando la urgencia no permita demoras por poder ocasionarse lesiones irreversibles o existir por poder ocasionarse lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento (así se expresa el art. 10.6.c) de la Ley General de Sanidad en relación con el consentimiento que deberá prestar el paciente para la realización de cualquier intervención).

Para concluir, quiero hacer referencia a un concreto asunto, recientemente dictaminado por el Consejo de Estado, que dio lugar a que se propusiera la estimación parcial de la reclamación (que se fundamentaba en una aducida falta de información adecuada). Me refiero al dictamen 2671/94-1143/93. Se trataba de una tumoración inflamatoria en región cervical. El paciente fue intervenido para detectar el posible carácter maligno de la tumoración; como consecuencia de la biopsia, se produjo parálisis de la porción superior del trapecio derecho. La Administración proponía denegar la reclamación por ser "muy frecuente" tal secuela en este tipo de intervención, dada la ubicación de la tumoración.

Admitido por el Consejo de Estado el deber jurídico de soportar el paciente tal efecto, dado que es “muy frecuente” tal secuela y que se trataba de una intervención dirigida a detectar una posible tumoración maligna, sin embargo se propuso (por mayoría) la estimación parcial de la reclamación, porque no se le informó de tal extremo para que pudiera decidir voluntariamente.

En efecto, si, como he destacado anteriormente, el deber de información abarca, entre otros aspectos, los efectos o secuelas que razonablemente pueden derivarse de la intervención, y dado que en este concreto asunto los informes médicos (de la propia Administración instructora) reconocía que la parálisis del trapecio superior constituía una secuela “muy frecuente” en tal tipo de intervención, la circunstancia de que en la información facilitada al paciente no se incluyera dicha secuela, dio lugar a entender que se había infringido el referido art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, de tal manera que el paciente no pudo decidir de manera consciente (adecuadamente informado) someterse a dicha intervención o arriesgarse a que la tumoración fuera benigna, evitando en este último caso el riesgo de la citada parálisis.