
Los profesionales frente a las reclamaciones por negligencias profesionales

Miguel Fernández de Sevilla Morales

*Doctor en Derecho. Miembro de la Real Academia de la Medicina
y Responsable Jurídico del Consejo General de Enfermería*

Breve referencia histórica

La enfermedad y el dolor son consustanciales al hombre, aunque cronológicamente la enfermedad se anticipa al enfermo; el hallazgo de bacterias fosilizadas con una antigüedad de 500 millones de años así lo demuestra, ya que la Historia sitúa la aparición del hombre en un millón de años.

La Medicina surge de un modo natural. Es la respuesta que el propio hombre da a la necesidad de buscar remedios a sus males; el primer hombre fue también el primer médico, pues se vio obligado a procurar alivios a sus males y a acumular experiencias que dieran respuestas a sus padecimientos.

Del mismo modo que surge la Medicina surge también la necesidad del hombre de defenderse del mal uso y de los abusos de ésta, en un principio mezcla de ciencia y de arte, incluso de brujería.

Por esta razón aparece el concepto de responsabilidad médica, que no es ni mu-

cho menos invento de nuestra generación, sino que aparece plasmado ya en los años 1728 a.C. en el Código del Rey Hamurabi, en donde dedica 9 artículos de los 282 de que constaba, estableciendo lo que hoy podríamos denominar responsabilidad civil y penal, y algunos artículos dedicados específicamente a faltas y castigos para médicos. Alejandro Magno decretó la crucifixión del médico que abandonase libre y voluntariamente al enfermo. Del mismo modo el Fuero Juzgo entregaba el médico a los familiares del enfermo dolosamente abandonado.

En el primitivo derecho romano se establecía ya la culpabilidad del médico, lo que hoy denominaríamos negligencia.

En todos los tiempos y civilizaciones hubo médicos que con muy diferentes concepciones metodológicas, creencia, preparación etc., debían responder de su bien hacer.

En las sociedades modernas se han implantando leyes que poco a poco han formado una normativa que regula la

responsabilidad de los profesionales sanitarios ante las demandas sociales que se producen constantemente en este sentido.

Cada día es más frecuente leer en la prensa o encontrar en cualquier medio de comunicación noticias relacionadas con procedimientos seguidos contra profesionales sanitarios por mala praxis o por negligencia, en los que además de las penas correspondientes se piden por el Ministerio Fiscal o por las respectivas acusaciones particulares, en concepto de indemnización, grandes sumas de dinero.

Esto que aparentemente sólo tiene consecuencias para los profesionales directamente implicados, sin embargo tiene unas repercusiones sociales muy grandes que hacen acuciante el que los poderes públicos tomen buena nota del problema y darle un adecuado tratamiento legal.

La responsabilidad profesional del sanitario

Hoy es muy frecuente escuchar las palabras: responsabilidad profesional del médico. El término responsabilidad expresa uno de los vocablos e instituciones esenciales del derecho moderno, sin embargo su utilización en sentido jurídico es relativamente reciente.

El hombre en todas las circunstancias de su vida y cualquiera que sea su condición social, tiene siempre una responsabilidad ante su propia conciencia, una responsabilidad social hacia los demás hombres y una responsabilidad legal ante los poderes públicos.

Modernamente se le atribuye el significado del que está obligado a responder o satisfacer a alguien por algún cargo. En Derecho la responsabilidad es la obligación que se impone a toda persona de reparar el perjuicio que haya ocasionado libremente a un tercero, bien por haber cometido un acto ilícito, bien por haberse abstenido de ejecutar lo que la ley le ordenaba cumplir.

Hay hechos en los que la perturbación social ocasionada no es maliciosa, el agente no tenía intención de producirla, no manifiesta su conducta una perversidad de ánimo que requiera una sanción social, una pena, como ocurre con el delito, sin embargo el Derecho no puede dejar desatendida esta esfera de hechos ya que no hay dolo pero sí culpa; estamos ante la responsabilidad civil.

En los siglos XVIII y XIX existía una fuerte tendencia a mantener la irresponsabilidad del médico.

En el siglo XX Marañón pretendía propugnar esta tesis: *El enfermo debe de aceptar un margen de inconvenientes y pe-*

ligros derivados de los errores de la Medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma. El juez que ha de atender su reclamación cometerá la mas atroz de las injusticias si condena de plano al médico que ignora los diagnósticos y los tratamientos elementales y no a los profesores que le dieron el título, capacitándole para ejercer con tan exiguo caudal de conocimientos, la Medicina.

Si analizamos nuestra jurisprudencia vemos que en esta materia durante los años sesenta es muy escasa. En los setenta comienzan a aparecer varias sentencias sobre responsabilidad médica. En los ochenta hay ya abundantes sentencias sobre esta materia, y en los noventa el aumento de las sentencias es muy considerable, manteniéndose a partir del año 2000 hasta nuestros días. En estos días se ha publicado en *Diario Médico* que ha habido un aumento del número de reclamaciones en Barcelona del 39 %, lo que viene a interrumpir el descenso que se venía dando 4 años atrás. En cuanto a los motivos de reclamación según la incidencia relativa a 3.875 reclamaciones durante el período 1990 a 2003, el 28 % se refieren a deficiencias en la práctica quirúrgica, el 16 % a errores de diagnóstico y el 13 % a deficiencias en el seguimiento clínico. Como dato alentador podemos decir que el 87,2 % se resuelven sin de-

claración de responsabilidad. Este dato sobre reclamaciones en Barcelona esperamos que sea un índice de una tendencia general, que se produce en un momento de crisis en el aseguramiento de la responsabilidad sanitaria.

Los profesionales de la sanidad tienen en este campo un problema fundamental, que es poder precisar cómo y cuándo puede nacer la responsabilidad por sus actos profesionales, y aquí forzosamente tenemos que acudir a la Jurisprudencia que en numerosas sentencias ha reiterado su doctrina de que la obligación contractual o extracontractual del profesional sanitario no es la de obtener, en todo caso, la recuperación del enfermo, sino el de proporcionarle todos los cuidados que requiera, según el estado de la ciencia. Es decir, el médico no tiene obligación de curar al enfermo, pero sí tiene la obligación de procurarle y proporcionarle todos los medios de que dispone la Medicina para que se cure. La Medicina está calificada, según reiterada doctrina jurisprudencial como ciencia de medios, no de resultados.

La negligencia profesional

¿Cuándo hay negligencia en un acto médico?, o mejor dicho ¿cuándo se da una actuación inequívocamente negligente?

te en el profesional sanitario? ¿Cuándo el profesional sanitario deja de aplicar y procurar todos los medios a su alcance para que el paciente se cure? En la actualidad, solamente podemos responder que hay negligencia profesional cuando la actuación de los médicos y enfermeros no se halla ajustada a la denominada *lex artis ad hoc*, es decir, a las pautas de actuación exigibles respecto del acto concreto en que se produce la actuación o intervención profesional y las circunstancias en que las mismas se desarrollan y tienen lugar, así como respecto de las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.

Y aquí, forzosamente nos tenemos que preguntar a este respecto ¿Quién define las pautas de actuación exigibles respecto de un acto médico concreto? Según unos profesionales pueden ser unas, según otros pueden ser otras y los tribunales forzosamente tienen que acudir para dirimir estas cuestiones a la prueba pericial, para determinar el buen o el mal actuar en cada caso del médico y del enfermo.

¿Quién puede definir si el actuar profesional en un caso concreto se ha realizado dentro de las pautas de actuación normales según el estado de la ciencia médica en un determinado momento?, ¿quién define previamente las normales

incidencias que se pueden dar en un caso concreto? La Medicina sabemos que no es una ciencia exacta. En cualquier caso es obligatorio, forzosamente obligatorio el acudir al criterio de los propios médicos, quienes precisamente, por ello, será diferente en unos y otros.

Si la actuación profesional del médico debe regirse por la citada *lex artis ad hoc*, alguien tiene que definir esta, alguien experto y conocedor de la misma tiene que decir si la actuación profesional se ha ajustado o no a la misma, ya que será esta la que determine las pautas de actuación exigibles respecto a una buena actuación médica.

Sin embargo la cuestión no es fácil y se puede ver con claridad analizando las diferentes sentencias de nuestros tribunales. Las pautas de actuación exigibles respecto de un acto médico concreto son absolutamente cambiantes; lo que hoy se cura de una manera, mañana se cura de forma distinta, puesto que los avances de la ciencia médica han sido de tal magnitud en los últimos años que lo que ayer era correcto hoy ha quedado obsoleto.

Dada la propia naturaleza de la Medicina, que tiene mucho de ciencia pero también mucho de arte, se ha dicho que es una de las ciencias mas jóvenes pero uno de los artes mas antiguos. El pacien-

te exige a la ciencia y al médico una obligación de resultados imposibles que, al no producirse, genera una frustración o confrontación, buscando en los efectos de la relación jurídica la base de la litigiosidad. En otros casos es el médico quien no emplea los medios adecuados, o lo hace incorrectamente, para diagnosticar o curar, produciendo un daño real e innecesario. Pero en cualquier caso la actividad médica deberá realizarse de acuerdo con el estado general de la ciencia médica, lo que implica que el profesional ha de estar al corriente de este estado general de la ciencia, mantener actualizados sus conocimientos científicos y técnicos de acuerdo con su especialidad, no dando ocasión al abandono profesional y a la falta de actualización de los avances de la Medicina el médico debe ser, ante todo, un hombre estudioso.

Ya se ha dictado en España una sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya que condenó a un médico entre otras razones por apreciar negligencia en el cumplimiento de la obligación de mantener actualizados sus conocimientos científicos y sin duda alguna con muy buen criterio, pues su ignorancia o dejación profesional, sin lugar a dudas, va a repercutir negativamente en la salud o incluso en la propia vida del enfermo.

Pero desde el punto de vista de la aplicación del derecho por jueces y tribunales hay una cuestión que es el tema que queremos apuntar en este breve trabajo. ¿Están los jueces y tribunales capacitados para poder emitir su juicio sobre la actuación profesional del médico? ¿Conocen cuáles son las pautas correctas, en cada caso, cuyo seguimiento asegura el buen actuar profesional de los mismos? Evidentemente no, por eso forzosamente los jueces y tribunales tienen que auxiliarse de la propia Medicina a través peritos, es decir, de personas cualificadas profesionalmente dentro de los distintos campos de la ciencia médica, que emitan su punto de vista sobre la cuestión planteada y sirvan de gran ayuda a los representantes de la justicia para poder emitir con conocimiento de causa su más justa resolución posible.

La *lex artis*

Decíamos anteriormente que las pautas de actuación médico-profesionales debían ajustarse a la denominada *lex artis ad hoc* y como la misión principal que se encomienda a los peritos médicos es que determinen si la actuación profesional del médico ha sido correcta por ajustarse a esta *lex artis*, vamos a tratar de esbozar aunque sea brevemente los que se entiende con este latinismo.

Cada profesión, cada oficio, tiene sus propias reglas, sus propias pautas de ejercicio para su buen hacer. Martínez Calcerada ha definido la *lex artis* (*ad hoc*, cuyo concepto aporta): *como el criterio valorativo de la concreción del correcto acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina —ciencia o arte médica— que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida*. Según sea esta ley, siempre pues aplicable a cada acto médico individualizado, repercutirá en la legitimación: ¿quién debe actuar?, ¿cómo debe actuar? Es decir, cada acto precisa para su adecuada realización una Ley, que lo enjuicie, haciendo un balance final de la actuación del médico (sentencia del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991).

Sin embargo, tenemos que decir que la *lex artis* en su esencia es cambiante, precisamente por la propia naturaleza cambiante de la Medicina, y si bien en la época hipocrática requería, entre el conjunto de reglas y preceptos para hacer bien las cosas, dos circunstancias como eran seguir al maestro teórico-práctico y llevar

conocimientos suficientes de otras ciencias, en el México precolombino eran muy rigurosos a la hora de exigir un auténtico código de actuación profesional, surgido de experiencias y costumbres que obligaban lo mismo al curandero que al enfermo.

La *lex artis* la marcan pueblos, profesionales, legisladores y también las circunstancias, que casi siempre propician un especial modo de actuar y entender las reglas. No es lo mismo el curar a un enfermo en un hospital, donde existen toda clase de instrumentos y medios que en el campo de batalla.

Sin querer caer en un concepto demasiado simplista de la misma, sí parece correcto expresar que la *lex artis* debe estar por encima de normas y reglamentos, situaciones y circunstancias, incluso por encima de códigos deontológicos y profesionales, pues de encorsetarla demasiado estaríamos deteriorando, e incluso excluyendo de la ciencia médica precisamente lo que de arte debe tener. El médico, sin embargo, para actuar dentro de la *lex artis* siempre independientemente de las circunstancias que rodean el caso concreto, deberá, inexcusablemente, dominar las materias estudiadas en su carrera, es decir, tener los conocimientos necesarios y que le son exigibles para poder ejercer la Medicina sin teme-

ridad, lo que llevaría al enfermo a agravar su dolor con peligro de su salud y de la propia vida. El médico, decíamos antes, debe ser un profesional que constantemente renueve y actualice sus conocimientos, debe ser ante todo una persona de sólida formación y estar constantemente estudiando.

El médico debe utilizar todos los medios de diagnóstico a su alcance que crea adecuados sabiéndolos interpretar y utilizar en beneficio del enfermo, sin caer en la llamada Medicina defensiva, aunque prevaleciendo siempre el criterio científico sobre el economicista.

El médico utilizará el tratamiento indicado y en cualquier caso nunca el contraindicado, con conocimiento de los efectos del mismo y vigilando al enfermo durante su prescripción.

La violación de la *lex artis*

Cuando los tribunales de justicia consideran violada esta *lex* por el profesional de la Medicina estamos en el campo de la responsabilidad médica.

Llegado este punto hay que decir que para hablar de responsabilidad médica tenemos que acudir de nuevo a los tribunales, y en numerosas resoluciones del Tribunal Supremo nos encontramos que para que ésta se dé hace falta la con-

currencia de tres circunstancias muy claras y definidas; en primer lugar es absolutamente necesario que el médico incurra en una conducta negligente, es mas, podríamos decir inequívocamente negligente; en segundo lugar el paciente debe sufrir un daño, y en tercer lugar debe darse una relación causal entre la conducta negligente y el daño sufrido, y esta relación causal debe ser clara, directa e inmediata. Las tres deben concurrir, pues la falta de una sola obliga a los tribunales a desestimar cualquier demanda o querrela que pueda plantearse contra el médico.

Puede darse una conducta no ajustada a *lex artis* y un daño, y sin embargo, si no se demuestra que éste es consecuencia de aquélla no podemos hablar de responsabilidad médica. También es fácil encontrar en la práctica forense contra médicos, que aun existiendo daño, éste no se deba a ninguna conducta negligente ya que, aun actuando conforme a la *lex artis*, dado el carácter de ciencia de medios que tiene la Medicina, puede ocurrir que incluso aplicando todos los remedios que la ciencia médica en ese momento tenga su alcance para luchar contra la enfermedad, al ser la Medicina inexacta por definición, el enfermo no responda en algunos casos a un tratamiento correcto, o incluso que muera,

aun habiendo aplicado el médico de la forma mas ortodoxa la *lex artis ad hoc*.

El profesional de la salud deberá seguir criterios suficientemente experimentados, internacionalizados y propios, aunque sin olvidar en la aplicación de los mismos su criterio personal como mejor conocedor del enfermo, es decir, su arte.

Resumiendo, el médico deberá seguir la máxima hipocrática donde se resume la *lex artis*, es decir, deberá tratar al enfermo como quisiera ser tratado de ser él el enfermo.

Es obligado también citar en este punto otro término que siempre aparece unido al de *lex artis*, es el termino malapaxis, que no expresa ni más ni menos que no cumplir la *lex artis*, salvo justificación razonada.

El profesor J. Jornet la define así: *Desde el punto de vista jurídico se entiende que ha existido negligencia profesional, y por tanto deben pedirse responsabilidades, cuando el acto médico ha sido realizado con mala praxis. Refiriéndose a aquellas circunstancias en las que los resultados del tratamiento han originado un perjuicio al enfermo siempre y cuando estos resultados sean diferentes de los que hubiera conseguido la mayoría de profesionales en las mismas circunstancias.*

Implica la malapaxis una ruptura de las “reglas del juego” un apartarse del buen hacer, bien por desconocimiento

de las mismas o por realizarlas negligentemente.

Este es un concepto puente entre la Medicina y el Derecho. Cuando el médico forense en su función de ilustrar e informar al juez detecta malapaxis, está obligando a éste a buscar una figura penal aplicable a dicha conducta, sin que quiera decir que sea sinónimo siempre de delito o de falta.

La valoración de los daños

Es obligado terminar hablando de la valoración de los daños médicos ocasionados por negligencia de los profesionales. Está claro que al no existir norma o baremos para indemnizar los daños derivados por negligencias médicas los tribunales tienen absoluta discrecionalidad a la hora de determinar la cuantía de la indemnización, y de existir estos, desde mi punto de vista, siempre redundaría en beneficio de los profesionales sanitarios y de las compañías aseguradoras.

La difícil cuantificación económica de estos daños está motivada no sólo por la propia naturaleza de los mismos, sino por los abusos que pueden originar. En la actualidad los tribunales suelen aplicar el criterio de la Ley 30/1995 de ordenación y supervisión de los Seguros Privados.

dos dada para fijar la valoración de los daños en el ámbito de los vehículos a motor, pero sin fuerza vinculante ni para el tribunal ni para las partes, se trata pues de una referencia analógica, pero jamás obligatoria.

En el momento actual, donde estamos asistiendo a un gran número de demandas y querellas por negligencias, una de las causas, a mi juicio, del aumento de estas reclamaciones son las indemnizaciones millonarias que llevan consigo algunas condenas, con la enorme trascendencia que tienen para el profesional que antes que nada debe tener un buen seguro de responsabilidad civil que a veces ni siquiera cubrirá la totalidad de la indemnización, aparte claro esta, de que existe una desproporción enorme entre los sueldos de los profesionales y las indemnizaciones a las que son condenados en múltiples ocasiones.

Está claro que un buen seguro de responsabilidad civil con una prima asequible al profesional es difícil de encontrarlo fuera de las organizaciones profesionales, como los consejos de Colegios de médicos o de enfermería etc., que según mi criterio están llamados a velar por el buen hacer profesional de sus colegiados, respaldándolos cuando puedan incurrir en negligencia o malapaxis, que mitigue en la medida de lo posible el temor fun-

dado de los profesionales a la hora de ejercer profesionalmente por motivo de las indemnizaciones que piden contra ellos en los tribunales, además de la inhabilitación profesional para el ejercicio de su profesión.

Para terminar solamente citar las que, desde mi punto de vista, son ventajas de la existencia de baremación de los daños por negligencias, en primer lugar se reduciría la discrecionalidad de los jueces, en segundo lugar desaparecerían las reclamaciones desorbitadas, en tercero se reduciría el número de reclamaciones judiciales, en cuarto lugar se reducirían también las primas pagadas a las compañías de seguros, en quinto lugar habría más compañías de seguros dispuestas a asegurar las negligencias, en sexto lugar sería más fácil llegar a acuerdos extrajudiciales que impedirían el procesamiento del profesional sanitario.

Conclusiones

Para concluir solamente puntualizar algunas consideraciones y decir que siempre ha existido la responsabilidad de los profesionales sanitarios frente a las reclamaciones por negligencias y malapaxis, es decir estos profesionales siempre han respondido en mayor o menor medida a lo largo de la historia, de su bien hacer, siendo las sociedades moder-

nas las que se han dado una normativa específica para regular el ejercicio profesional de los mismos.

Hemos pasado de la tendencia existente en otros tiempos de mantener la irresponsabilidad del médico al gran número de demandas y querellas que en estos momentos se está dando, todo lo cual ha originado el que la doctrina jurídica y la jurisprudencia hayan tenido que definir la negligencia de estos profesionales que, atendiendo a la propia naturaleza de la Medicina ha hecho inevitable la aparición de la denominada *lex artis* o *lex artis ad hoc*, que será la que marcara las pautas de actuación del profesional sanitario atendiendo al caso concreto y al tiempo de su realización.

Dejemos claro también que las reclamaciones a los profesionales sanitarios se dan siempre cuando hay sospecha mas o menos fundada de haber violado esta *lex artis* siempre que se haya dado una conducta negligente del profesional, y se haya ocasionado un daño por causa de este mal actuar.

Este daño que hay que valorar, que hoy se hace con absoluta discrecionalidad por los tribunales, sería conveniente que se regulase mediante baremos por las enormes ventajas que tendrían para todos, como ya se ha apuntado, sin olvidar los seguros que por responsabilidad civil deberá tener cada profesional, destacando los que establecen para sus colegiados las organizaciones sanitarias profesionales.

