

6.4 Malpraxis y gestión de riesgos



La Gestión de Riesgos enfocada a la reducción del número de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias incorrectas.

Autor: Sergio Gallego Riestra

Profesor de la ENS en Derecho sanitario

Se recomienda imprimir 2 páginas por hoja

Citación recomendada:

Gallego Riestra S. Malpraxis y gestion de riesgos [Internet]. Madrid: Escuela Nacional de Sanidad; 2012 [consultado día mes año]. Tema 16.4. Disponible en: direccion url del pdf.



TEXTOS DE ADMINISTRACION SANITARIA Y GESTIÓN CLINICA
by UNED Y ESCUELA NACIONAL DE SANIDAD
is licensed under a Creative Commons
Reconocimiento- No comercial-Sin obra Derivada
3.0 Unported License.



Resumen:

En este capítulo nos vamos a ocupar de la Gestión de Riesgos en su concepto antiguo, es decir, el relacionado con las reclamaciones generadas como consecuencia de prácticas clínicas incorrectas. Ante la imposibilidad de eliminarlas totalmente, el objetivo se dirige a intentar disminuir la frecuencia de su aparición y a aminorar sus consecuencias.

Aunque en el título aparezca la "malpraxis", hay que matizar que esta expresión referida a la mala práctica o practica no acorde con los criterios de la lex artis ad hoc, no es por sí misma generadora de responsabilidades jurídicas.

1.- Introducción: Una visión actualizada de la responsabilidad profesional sanitaria y su relación con la Gestión de Riesgos.

2.- Tipos de responsabilidad

3.- La responsabilidad penal

4.- La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria

5.- Conclusiones

Referencias bibliográficas

Al hablar de responsabilidad de los profesionales sanitarios se hace referencia, básicamente, a la responsabilidad penal y civil. Tras los cambios normativos acaecidos en nuestro país, la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios del Sistema Nacional de Salud ha desaparecido, siendo sustituida por la responsabilidad patrimonial de la Administración. Centraremos nuestro estudio en las responsabilidades penal y patrimonial y sus características actuales más relevantes.

Los delitos que con mayor frecuencia se ven en el ámbito sanitario son los de homicidio y de lesiones ocasionados de manera imprudente. Junto a ellos analizaremos también los delitos de revelación y descubrimiento de secretos. La responsabilidad patrimonial es la vía que actualmente los particulares utilizan de manera habitual para exigir las indemnizaciones por los daños derivados de la actividad del sector sanitario público.

Introducción:

1.- Una visión actualizada de la responsabilidad profesional sanitaria y su relación con la Gestión de Riesgos.

En España se comenzó a hablar de Gestión de Riesgos a principios de la década de los dos mil. Concretamente tuvo su inicio cuando

el INSALUD creó la figura del Asesor de Riesgos Sanitarios cuyas funciones eran la realización de las actividades destinadas a identificar, evaluar y tratar los efectos adversos ocurridos en la asistencia sanitaria, con el fin de eliminar o minimizar el riesgo de que se produzcan y, en su defecto, tratar sus consecuencias negativas en los pacientes y en la organización. En aquella época se definía como un proceso sistemático de identificación, análisis y control de los riesgos con intención de disminuir los sucesos adversos, reducir el número de reclamaciones y la severidad de las mismas cuando se producen y, consecutivamente, contribuir a mejorar la calidad de los servicios prestados.

En un, relativamente reciente, Editorial de la Revista Seguridad del Paciente y Calidad Asistencial se puede leer un sugerente título que reza: "De la Adversidad a la Seguridad a través de la Gestión de Riesgos". Afirma su autor que "La seguridad del paciente y la adversidad de la atención sanitaria forman parte de un continuo en los cuidados de salud, pero se encuentran enlazadas por un puente que las une: la Gestión de Riesgos. Actúa cual vaso comunicante de tal modo que, consiguiendo procesos más seguros, hace que la adversidad de la atención disminuya para aumentar la seguridad del paciente."¹

Define la Gestión de Riesgos como "aquella actividad de identificación, análisis y respuesta a los riesgos acaecidos o que puedan llegar a producirse, con el objetivo de prevenir que ocurran en el futuro o minimizar sus consecuencias". También señala que la seguridad clínica es un componente esencial de la calidad asistencial, y que una práctica clínica segura exige conseguir tres grandes objetivos: identificar qué procedimientos clínicos, diagnósticos y terapéuticos son los más seguros y eficaces, asegurar que se aplican a quien los necesita y realizarlos correctamente y sin errores.

En esta misma línea se manifiesta el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en su página web cuando se ocupa de la seguridad del paciente. Indica que los eventos no deseados secundarios a la atención sanitaria representan una causa de elevada morbilidad y mortalidad en todos los sistemas sanitarios desarrollados y que a las consecuencias personales en la salud de los pacientes por estos daños hay que añadir el elevado impacto

económico y social de los mismos. Establece como objetivos de la Seguridad del Paciente, entre otros, promover y desarrollar el conocimiento y la cultura de seguridad del paciente entre los profesionales en cualquier nivel de atención sanitaria y diseñar y establecer sistemas para la comunicación de los incidentes relacionados con la seguridad del paciente.

Podemos ver como en una década aproximadamente se ha producido un cambio sustancial. En el concepto actual de Gestión de Riesgos no se incluye "la reducción de las reclamaciones y la severidad de las mismas" y se dirige de manera específica a incrementar la seguridad del paciente, tratando de eliminar o minimizar los eventos y efectos adversos. La Gestión de Riesgos nació más bien ligada a la defensa jurídica de los intereses de los centros sanitarios tratando de reducir las reclamaciones y sus consecuencias y sin embargo hoy día se encuentra profundamente vinculada a la gestión de la calidad asistencial.

En este capítulo no nos vamos a ocupar de la Gestión de Riesgos enfocada a la Seguridad del Paciente sino de la gestión de riesgos en su concepto antiguo, es decir, el relacionado con las reclamaciones generadas como consecuencia de prácticas clínicas incorrectas. Ante la imposibilidad de eliminarlas totalmente, el objetivo se dirige a intentar disminuir la frecuencia de su aparición y a aminorar sus consecuencias. Junto con la prevención del riesgo se plantea, en esta fase, la conveniencia de tener prevista formas de financiación de las indemnizaciones ocasionadas por los siniestros. A este fin, por los diversos Servicios de Salud se vienen, desde hace varios años, contratando pólizas de Seguro de Responsabilidad.

Es este el momento de realizar una importante puntualización respecto al título del presente capítulo. Aunque se haga referencia a la "malpraxis", es preciso dejar claro que esta expresión referida a la mala práctica o practica no acorde con los criterios de la *lex artis ad hoc*, no es por sí misma generadora de responsabilidades jurídicas. Al mundo del derecho solo le interesan las conductas incorrectas cuando generan un daño. Es decir, la malpraxis es un concepto que queda ligado a la calidad asistencial y tan solo

cobra relevancia jurídica cuando como consecuencia de esa conducta incorrecta se ocasiona un daño al paciente.

2.- Tipos de responsabilidad

Tradicionalmente, cuando se hablaba de responsabilidad de los profesionales sanitarios se hacía referencia a diferentes tipos. Así, básicamente, se solían estudiar la responsabilidad penal y civil, con independencia de que también se analizaran la disciplinaria y la deontológica, como las responsabilidades en las que un profesional podía incurrir a título personal. Desde hace unos años, a estos tipos de exigencia de reparación del daño ocasionado se le añade la responsabilidad patrimonial.² En este capítulo nos centraremos en las responsabilidades penal y patrimonial.

La responsabilidad penal hace referencia a la obligación de responder por las conductas u omisiones que el Código Penal tipifica como delitos o faltas. Esto quiere decir que nuestro Código define como delitos o faltas determinadas acciones y, también, a determinadas formas de abstenerse de actuar. Se puede causar una lesión a un paciente actuando incorrectamente o no actuando cuando debiera hacerse.

Son muchos los delitos y faltas que se configuran en la norma penal, pero solo nos vamos a ocupar de aquellos que, aunque con escasa frecuencia, alguna vez son motivo de condena a profesionales sanitarios. Entre ellos los más frecuentes son el homicidio y los delitos de lesiones ocasionados de manera imprudente. Esto significa que el profesional se verá inmerso en un proceso penal como consecuencia de una conducta incorrecta, no adaptada a la *lex artis* de su profesión, que ocasiona un daño o lesión a un paciente. Junto a estos llamados delitos culposos, abordaremos, por su actualidad, los delitos de revelación y descubrimiento de secretos. Sin ningún género de dudas se trata de una figura que en un futuro próximo generará más de un disgusto a los profesionales sanitarios, excepto que de forma drástica se produzca un radical cambio cultural entre ellos.

Las consecuencias de la comisión de conductas tipificadas en el Código penal como faltas o delitos será la imposición de las correspondientes penas previstas para ellas. Estas penas pueden ser la privación de libertad, las multas y la inhabilitación.

La responsabilidad patrimonial de la Administración supone la obligación que ésta tiene de reparar los daños que puedan sufrir los ciudadanos. Nace del derecho que tienen los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, con la única exigencia de que el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.

Las sucesivas reformas legislativas han llevado a que los ciudadanos, para poder hacer efectiva esta responsabilidad, tienen la obligación de dirigirse directamente a la Administración pública correspondiente. Esto también incluye las reclamaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. Por tanto, en este momento, cuando un usuario del sistema sanitario público considere que se ha producido una lesión de sus bienes o derechos y pretenda ser compensado económicamente por ello mediante una indemnización, no podrá dirigirse contra los profesionales sanitarios, sino que habrá de hacerlo directamente contra la Administración sanitaria. Contra los profesionales solo cabe la vía penal.

Este cambio ha supuesto la desaparición de la responsabilidad civil en el ámbito de la sanidad pública. Por responsabilidad civil hacemos referencia a la obligación de reparar económicamente los daños derivados de una conducta incorrecta, no adaptada a la *lex artis*. Es una responsabilidad de carácter extracontractual que se caracteriza por exigir la presencia de tres elementos: Ha de haber una acción culposa o negligente, tiene que producirse un daño y entre la conducta culposa o negligente y el daño tiene que haber, necesariamente, una relación o nexo causal. Se trata de una obligación de reparación exclusivamente pecuniaria.

3.- La responsabilidad penal

La responsabilidad penal se basa en la existencia de una conducta punible que ha de ser cometida mediando dolo o culpa. El primero, el dolo, significa voluntariedad e intencionalidad. Quien actúa dolosamente sabe lo que está haciendo y quiere el resultado producido por su conducta. Determinados delitos sólo pueden cometerse dolosamente. En el ámbito sanitario la mayoría de las demandas que se presentan corresponden a conductas culposas que originan lesiones o la muerte de un paciente. Son aquellas formas de actuar en las que no se guarda la diligencia debida, incumpliendo el deber de cuidado que debe observarse y causando, por ello, un daño.

En el Código penal se tipifican un gran número de conductas como ilícitos penales siendo esa tipificación previa un requisito esencial para la existencia del delito. Es decir, no basta con que una conducta sea antijurídica sino que, además, es preciso que esté descrita de forma inequívoca como constitutiva de falta o delito. Igualmente, el Código ha de contemplar una pena concreta para esa conducta, esto es, ha de ser punible.

Como ya hemos dicho, casi de forma exclusiva, las conductas penales que se encuentran en las sentencias que afectan al ámbito profesional de la medicina, se limitan a las faltas y delitos relacionados con la responsabilidad por imprudencia. Si bien son muy pocas las sentencias relacionadas con la revelación de secretos, dedicaremos una parte a su análisis por entender que se trata de algo novedoso, pero con una clara tendencia a crecer en un futuro próximo.

3.1.- La responsabilidad penal derivada de delitos y faltas por imprudencia

Hablar de responsabilidad penal de un médico por haber dado muerte u ocasionado lesiones a un paciente de manera

intencionada, es decir, dolosamente, queda fuera del interés de este capítulo. Cuando un profesional sanitario se vea involucrado en el fallecimiento de un paciente o en la producción de unas lesiones lo será, sin duda, por no haber actuado todo lo correctamente que debiera, esto es, por culpa o lo que es lo mismo, por haber actuado imprudentemente.

Seguiremos a Sánchez Caro en el estudio de la imprudencia penal³. Cuando se utiliza este término, al igual que los de impericia y negligencia, se está haciendo referencia a la asunción de un riesgo excesivo, no permitido, y a la infracción del deber de cuidado. Por impericia hemos de entender la falta de conocimientos necesarios para actuar, la falta de habilidad, la ineptitud y la no posesión de la capacidad requerida. Por negligencia entenderemos la no aplicación de los conocimientos y habilidad cuando se poseen. La imprudencia es un término propio del mundo penal mientras que la negligencia es más propia del civil y aunque ambas tienen un significado semejante, deberíamos quedarnos con la idea de que la imprudencia es un grado más elevado de falta de cuidado que la negligencia. Las conductas imprudentes que generan un daño serán, desde este punto de vista, subsidiarias de ser calificadas como delitos o faltas penales. Las conductas negligentes generarán sólo responsabilidad civil por culpa.

El Código Penal distingue entre imprudencia grave e imprudencia leve. Esta distinción se hace atendiendo al grado de incumplimiento del deber de cuidado y no al resultado. Al margen de otras valoraciones jurídicas, como mero ejemplo, podríamos establecer que será una imprudencia grave conducir a doscientos kilómetros por hora por las calles de una ciudad y causar, por ello, una lesión leve a alguien y, por el contrario, será una imprudencia leve conducir a sesenta y ocasionarle la muerte al peatón atropellado. Técnicamente, se puede decir que la imprudencia grave equivale a la omisión de las precauciones más elementales, es decir, al incumplimiento grosero e inexcusable del deber de cuidado. La imprudencia leve implica la omisión de la diligencia media con que cualquier profesional actuaría.

Junto con la imprudencia es preciso que se den otros requisitos que han de acompañar a esta figura para que exista el ilícito penal.

Por impericia hemos de entender la falta de conocimientos necesarios para actuar, la falta de habilidad, la ineptitud y la no posesión de la capacidad requerida.

Por negligencia entenderemos la no aplicación de los conocimientos y habilidad cuando se poseen

La imprudencia es un término propio del mundo penal mientras que la negligencia es más propia del civil y aunque ambas tienen un significado semejante, deberíamos quedarnos con la idea de que la imprudencia es un grado más elevado de falta de cuidado que la negligencia. .

Las conductas imprudentes que generan un daño serán subsidiarias de ser calificadas como delitos o faltas penales. Las conductas negligentes generarán sólo responsabilidad civil por culpa.

El Código Penal distingue entre imprudencia grave e imprudencia leve. Esta distinción se hace atendiendo al grado de incumplimiento del deber de cuidado y no al resultado

La imprudencia grave equivale a la omisión de las precauciones más elementales, es decir, al incumplimiento grosero e inexcusable del deber de cuidado.

La imprudencia leve implica la omisión de la diligencia media con que cualquier profesional actuaría

1. La previsión o posibilidad de un resultado dañoso por parte del sujeto activo de la acción. Significa que quien actúa es consciente de que podía causar un daño porque la acción que ejecuta puede ocasionar ese daño de acuerdo con la experiencia. Además es preciso que hubiese posibilidad de evitar el resultado dañoso actuando de otra manera o no actuando.
2. El resultado no ha de ser querido por el sujeto. Si éste quisiera causar el resultado dañoso que causó estaríamos hablando de una conducta dolosa y no de una imprudencia. Se dice que es preciso cometer una acción consciente y voluntaria, pero no intencional.
3. Que la actuación infrinja una norma de cuidado. Esto es, que se produzca una falta del deber de cuidado por no adoptar

los cuidados y cautelas necesarios para evitar el resultado.

4. Que se produzca un resultado que constituya una infracción legal como tal. Por ejemplo, un daño o lesión para las personas o las cosas.

5. Un nexo causal entre la acción o conducta y el resultado lesivo. A esto requisito se le denomina relación de causalidad y se le atribuyen tres condiciones. Ha de ser directa, completa e inmediata.

La infracción del deber de cuidado

La infracción del deber de cuidado, según el Tribunal Supremo, es una "transgresión de la norma sociocultural que está demandando la actuación de una forma determinada, que integra el elemento normativo externo". Por ello, se dice que el elemento esencial de los delitos imprudentes es la diferencia existente entre la acción realizada y la acción que tenía que haberse realizado, en virtud del deber de cuidado que era necesario observar. Se basa, por tanto, en dos elementos: el cuidado teóricamente necesario y su comparación con la acción ejecutada.

Para conocer el deber de cuidado que correspondería a una concreta situación se recurre a la prueba pericial y, mediante ella, se sabe cual sería la forma de actuar de un profesional medio puesto en las mismas circunstancias que el que actuó. Así sabremos cual era la forma de actuar correcta para una situación concreta y en unas circunstancias determinadas. A esto lo llamamos "lex artis ad hoc" y no es otra cosa que la forma normal de actuar según las reglas de una determinada profesión en un caso concreto. Supone actuar con la diligencia debida y se concreta en la prestación de todos los medios necesarios y posibles, de acuerdo al estado de la ciencia, y relativos a la especialidad médica a que corresponda el acto practicado, tomando en consideración el caso concreto y las circunstancias en las que se desarrolla.

La "lex artis ad hoc" admite variaciones según los casos. No se podrá exigir la misma forma de actuar, conforme a la ciencia médica, en situaciones con más o menos medios, ámbito urbano o rural, actuaciones urgentes o programadas, médico generalista o especialista, etc. Puede decirse que el médico infringe el deber de cuidado si, fuera de los casos de necesidad, asume una actividad o un cometido para el que no está capacitado.

La infracción del deber de cuidado supone la transgresión de la norma que está demandando la actuación de una forma determinada.

La forma de actuar correcta para una situación concreta y en unas circunstancias determinadas la llamamos "lex artis ad hoc".

Supone actuar con la diligencia debida y se concreta en la prestación de todos los medios necesarios y posibles, de acuerdo al estado de la ciencia, y relativos a la especialidad médica a que corresponda el acto practicado, tomando en consideración el caso concreto y las circunstancias en las que se desarrolla

La imprudencia profesional

El Código Penal, además de la imprudencia grave y leve, menciona la imprudencia profesional. El Tribunal Supremo la ha definido como la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por la lex artis. Al profesional se le pide un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no se le exige a quien no es un profesional. La imprudencia profesional exige la omisión de los conocimientos específicos que tiene quien actúa en su condición de profesional.

La imprudencia médica, como imprudencia profesional, nace cuando un tratamiento médico o quirúrgico se realiza con un comportamiento descuidado, de absoluto abandono de las reglas de la lex artis y, consecuentemente, se ocasiona un daño. Es una forma agravada de la imprudencia grave y resulta de difícil matización. El propio Tribunal dice que no hay que confundir la

“imprudencia profesional” con la “imprudencia del profesional”. Esta figura se ha aplicado en pocas ocasiones.

Finalmente, y de acuerdo con la citada exposición de Sánchez Caro, se pueden establecer las siguientes notas características de la imprudencia médica:

1. En términos generales, el error en el diagnóstico no es punible como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable, o se llegue a él por una conducta previa imprudente.
2. Queda fuera del ámbito penal la falta de pericia cuando ésta no sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.
3. La determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse teniendo en cuenta las situaciones concretas y específicas de cada caso concreto, huyendo de todo tipo de generalidades.

El error en el diagnóstico no es punible como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable, o se llegue a él por una conducta previa imprudente.

3.2.- La responsabilidad penal por revelación y descubrimiento de secretos

La protección penal de la intimidad ha sido una de las novedades más interesantes introducidas en el Código Penal en la reforma de 1995. Junto con nuevas tipificaciones se establecieron unas penas que algunos autores han calificado de excesivas, especialmente en cuanto algunas formas agravadas.⁴

Se trata de dos delitos que, si bien son poco frecuentes en cuanto a las condenas dictadas hasta la actualidad, con seguridad van a incrementarse cuantitativamente en los próximos años. Existe una sensibilidad cada vez mayor entre los ciudadanos respecto a la protección de sus datos personales y especialmente de los relativos a la salud. La implantación progresiva de aplicaciones informáticas para el manejo de las historias clínicas y la obligación de dejar registro de los accesos a las mismas va a suponer una fuente de acciones legales frente a accesos indebidos.

Cada vez es más frecuente que en las actividades de grupos de gestión de calidad asistencial y en los foros de seguridad del paciente se hable de intimidad. Intimidad en cualquiera de sus facetas: Del derecho del paciente a la confidencialidad de sus datos sanitarios; del derecho a la no identificación personal cuando ésta no sea imprescindible; de la obligatoria disociación de datos en estudios e investigación, de cómo deben tratarse los datos personales, del acceso a la historia clínica por razones tanto asistenciales como de otra índole e, incluso, como una muestra de especial sensibilidad, se manifiesta preocupación por la protección de la intimidad corporal, entendida como una parte de la intimidad personal.

También es necesario poner de manifiesto el creciente número de reclamaciones que se producen en el sector sanitario por atentados a la intimidad de los pacientes. Hace unos pocos años era impensable que alguien pusiese una denuncia porque una persona no legitimada accediese a su historia clínica, porque se proporcionase información sobre su salud a un determinado familiar, porque se difundiesen imágenes suyas o de un familiar en un medio de comunicación o se discutiese la legitimación de un médico para acceder a la documentación clínica. Sin embargo, estas cuestiones tienen hoy día carácter de cotidianidad y a pesar de cobrar más relevancia se les dedica muy poca atención.⁵

La intimidad: concepto

La Constitución garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Cuando se refiere a él, la Ley 14/1986, General de Sanidad, en su artículo 10.3 declara que los ciudadanos tienen derecho 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. La Ley 41/2002, básica de autonomía del paciente, además de dejar vigente este artículo, hace expresa referencia a la protección de la intimidad señalando que toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley. A continuación

establece que los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán, cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes.⁶ En la misma línea, cabe resaltar que el Convenio de Oviedo, relativo a los derechos humanos y la biomedicina, establece que toda persona tiene derecho a que se respete su vida privada cuando se trate de informaciones relativas a su salud.⁷

Intimidad y confidencialidad son dos conceptos muy próximos pero claramente diferentes. La intimidad se refiere a la capacidad de exclusión, es decir, a la posibilidad de limitar el acceso de otros al espacio que una persona quiere conservar y proteger. Por ello, en el ámbito jurídico, la intimidad está unida a la libertad contra la intromisión del Estado o de un tercero, es decir, se consagra especialmente como un derecho a estar sólo y a la no injerencia.⁸ Por el contrario, la confidencialidad concierne a la comunicación de información privada y personal de una persona a otra que llamamos confidente. Tradicionalmente la intimidad se ha visto reducida al clásico concepto anglosajón reflejado en la expresión "mi casa es mi castillo", queriendo decir con ello que lo íntimo, lo inherente a lo más recóndito del ser humano, quedaba protegido con la simple idea de la no injerencia dentro del ámbito privado, considerando la intimidad como un derecho al aislamiento. Sin embargo, nuestra sociedad actual, la sociedad de los medios de comunicación y la imagen, ha convertido aquel viejo aforismo en algo desfasado, ya que hoy podríamos afirmar que "mi casa es mi castillo pero sus paredes son de cristal".⁹ Cuando se trata de explicar esto, se suele recurrir a la tesis alemana de los círculos o las esferas concéntricas según la cual la intimidad se estructura en diferentes contenidos¹⁰. En la esfera interna se sitúa lo más íntimo, lo secreto, aquello que el sujeto guarda para sí mismo y no quiere compartir con nadie y su protección sólo exige un derecho de no acceso, de no injerencia. Aquí aparecería, dentro del mundo jurídico, la protección de la intimidad mediante la prohibición de captación de imágenes dentro de la vida privada, de utilización de métodos de escucha o de interferencia mediante cualquier otro medio en el ámbito particular.

Ahora bien, es posible que una persona necesite confiar sus secretos más íntimos a alguien, bien porque quiera hacerlo o

Los ciudadanos tienen derecho 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

Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley

bien porque lo necesite, trasladando aquello que ella guardaba hasta entonces para sí sola a un amigo o a un profesional. Se trataría del enfermo que quiere o necesita contar sus intimidades al médico, pasando así al segundo círculo concéntrico que es el de lo confidencial, que como vemos supone la intimidad compartida. La tercera esfera, la más excéntrica, estaría constituida por el ámbito de lo privado que comprende los comportamientos y noticias que el sujeto desea resguardar del gran público. Se ha llegado incluso a acuñar por nuestro derecho el término privacidad, entendiendo por tal el conjunto de datos que tomados aisladamente carecen de relevancia pero que tratados conjuntamente dan muestras de distintas facetas de la personalidad del individuo¹¹.

La intimidad supone poder excluir de un ámbito reservado a cualquier intruso y, además, poder controlar la información que obra en poder de otros.

Para la protección de las dos últimas esferas descritas no sólo hace falta garantizar el derecho de no injerencia, sino que, además, es preciso que se proteja positivamente la intimidad impidiendo que quién reciba la confidencia la difunda. Aquí es donde jurídicamente se hacen necesarias normas que permitan controlar las informaciones e impedir su difusión y utilización, es decir, la verdadera protección de la intimidad supone poder excluir de un ámbito reservado a cualquier intruso y, además, poder controlar la información que obra en poder de otros.

La confidencialidad concierne a la comunicación de información privada y personal de una persona a otra.

La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, considera datos especialmente protegidos, entre otros, los relativos a la salud, configurándose una zona espiritual íntima y reservada de una persona o un grupo, especialmente de una familia, que abarca relaciones afectivas, sexuales y de confianza, comprendiendo ésta, toda la información que un sujeto desea mantener en la reserva.

La Ley Orgánica 1/1982, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen declara que no se reputarán como intromisiones ilegítimas, con carácter general, las actuaciones autorizadas expresamente por la Ley, las acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. Igualmente tampoco tendrán

dicha consideración, las intromisiones autorizadas por el titular del derecho mediante un consentimiento expreso. En el caso de menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse, mediante escrito, por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, debiendo resolver el Juez si dicho Ministerio se opusiera.

Delito de revelación y divulgación de secretos ajenos.

El Código Penal, en su artículo 199, contempla estas figuras delictivas estableciendo una mayor o menor sanción en función del sujeto que las realice. Dice textualmente:

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

Como vemos, si quien comete la infracción no es un profesional, la pena es sensiblemente inferior a aquéllos supuestos en los que el autor sí lo es. Dentro de esta denominación entrarán, por ejemplo, los médicos y los enfermeros cuando sean objeto de enjuiciamiento por este delito, correspondiéndoles la pena de la figura agravada. Las penas con las que se castigan los delitos de revelación de secretos ajenos son acumulativas, imponiéndose, en la cuantía en que se determine, la prisión, la multa y la inhabilitación.

Divulgar los secretos de otra persona supone comunicarlos a terceros que no los conocen, ni tienen por qué conocerlos. La divulgación ha de efectuarse con incumplimiento del deber de sigilo o reserva, es decir, sin que exista una causa que justifique

No son intromisiones ilegítimas en la intimidad personal las autorizadas por el titular del derecho mediante un consentimiento expreso.

En el caso de menores deberá prestarse el consentimiento por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten. En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse, mediante escrito, por su representante legal, quien estará obligado a ponerlo en conocimiento previo del Ministerio Fiscal.

Si quien comete la infracción no es un profesional, la pena es sensiblemente inferior a aquéllos supuestos en los que el autor sí lo es. Dentro de esta denominación entrarán, por ejemplo, los médicos y los enfermeros.

Las penas con las que se castigan los delitos de revelación de secretos ajenos son acumulativas, imponiéndose, en la cuantía en que se determine, la prisión, la multa y la inhabilitación.

la revelación. No existirá incumplimiento del deber cuando, previamente, se haya producido autorización del interesado.

Las penas con las que se castigan los distintos delitos de revelación de secretos ajenos son acumulativas, imponiéndose, en la cuantía en que se determine, la prisión, la multa y la inhabilitación. Hemos tenido oportunidad de conocer ya una sentencia del Tribunal Supremo sobre esta cuestión¹² en la que una médica fue condenada a un año de prisión, inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión durante dos años, multa de doce meses con cuota diaria de mil pesetas y una indemnización de dos millones de pesetas por un delito de revelación del secreto profesional.¹ El Tribunal recuerda que la Ley General de Sanidad establece el derecho de los ciudadanos a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias debiendo quedar plenamente garantizado 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 clínica.

Delito de descubrimiento de secretos ajenos.

El Código Penal, en la reforma de 1995, introdujo el delito de descubrimiento de secretos configurándolo bajo varias formas de comisión. Así, se encuentra tipificada en el artículo 197 como delito la conducta de quien para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodera de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Igualmente, es delito el hecho de apoderarse, utilizar o modificar en perjuicio de otros, sin estar autorizado, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

¹ Se trataba de una médica residente de un hospital público que requerida para atender a una paciente ingresada en el Servicio de Ginecología por estar embarazada, la reconoció porque las familias de ambas residían en la misma localidad. Al examinar la Historia Clínica constató que se había sometido a dos interrupciones de embarazo previamente, hecho que comentó con posterioridad a su madre, la cual informó en el pueblo a la hermana de la gestante de esta circunstancia.

Especial trascendencia tiene, dentro del mundo sanitario, la consideración como delito el acceso, por quien no esté autorizado, a los datos de carácter personal o familiar a los que se hace referencia en el apartado anterior. En este artículo (Art.197.2) se ha visto por muchos autores la penalización del acceso indebido a la Historia Clínica. También se sanciona la difusión, revelación y cesión de los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas, tanto si se accedió ilícitamente a ellos, como si sin haber tomado parte en su descubrimiento, se conoce su origen ilícito (Art. 197.4). Para completar esta figura será preciso acudir a las normas que regulan quiénes pueden acceder lícitamente a la documentación clínica del paciente. Finalmente, el Código (Art.197.6) establece como una forma agravada la comisión de estos delitos cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad o un incapaz, en cuyo caso se impondrán las penas previstas en su mitad superior.

Este artículo también ha dado lugar a sentencias condenatorias en casos directamente relacionados con datos de salud.¹³ En un primer caso el condenado es un periodista que accedió, en opinión del Tribunal, de forma ilícita a los registros informáticos de un centro penitenciario y difundió, posteriormente, que dos reclusos enfermos de sida estaban destinados en la cocina. La sentencia considera que el delito se consuma tan pronto como el sujeto activo accede a los datos, esto es, tan pronto como los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se quiebra la reserva que los cubre. Se le consideró autor de un delito de descubrimiento de secretos ajenos. También especial interés la Sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca nº 11/2009, de 11 de febrero de dos mil nueve, que pone de manifiesto la severidad de las penas que impone el Código Penal para estos delitos. El coordinador médico de un Centro de Salud accedió a la historia clínica de otro médico, que a la vez también era paciente de un facultativo del centro. El médico que realizó el acceso mantenía que lo hizo exclusivamente para conocer el nombre del médico de cabecera de su compañero. La Sala reconoce que no ha podido determinar si, además del dato referido al nombre del médico de cabecera,

El delito de divulgación de secretos de otra persona supone comunicarlos a terceros que no los conocen, ni tienen por qué conocerlos. La divulgación ha de efectuarse con incumplimiento del deber de sigilo o reserva, es decir, sin que exista una causa que justifique la revelación

El acceso, sin estar autorizado, por cualquier medio a los datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado supone la comisión de un delito de descubrimiento de secretos ajenos.

el acusado conoció efectivamente, a través de alguno de los accesos realizados, datos relativos a la salud del paciente. Pero la Audiencia señala que le basta con que mediante el acceso haya conocido ese dato concreto, ya que "el dato referente a la identidad del médico de cabecera de cualquier persona es un dato de carácter personal digno de protección..."

El tribunal, al no dar por probado el acceso a datos de salud considera inaplicable la forma agravada del art. 197.5 que antes comentábamos. Sin embargo si aplicó otras formas agravadas por ser el acusado un funcionario público y tener atribuidas, además, las funciones de coordinador médico de Centro de Salud. También dio por probado que el acceso indebido a la Historia Clínica se produjo al menos en dos ocasiones.

Como consecuencia de los hechos probados descritos, condena al médico como "autor responsable de un delito continuado de acceso a datos reservados de carácter personal a las penas de 3 años y 3 meses de prisión, multa de 21 meses, con una cuota diaria de 6€, e inhabilitación absoluta por un periodo de 9 años, así como al pago de las costas procesales causadas en la instancia, incluidas las devengadas por la acusación particular."

Ante el extremado rigor de la sanción penal impuesta el propio Tribunal estimó procedente elevar petición de indulto por entender que existe una evidente desproporción entre la pena impuesta y la gravedad de los hechos.

Esta Sentencia ha sido casada por el Tribunal Supremo mediante la Sentencia núm. 1328/2009 de 30 diciembre, por la que absuelve al médico coordinador. El Tribunal considera que sólo ha quedado probado que accedió al nombre del médico de cabecera del paciente y no considera que se trate de un dato sensible, calificándolo de dato administrativo, y en principio, inocuo. Así todo lo que sigue siendo relevante es el criterio judicial de que el acceso indebido a la historia clínica es constitutivo de un delito de descubrimiento de secretos al que cabe aplicar las formas agravadas al tratarse de datos de carácter personal relativos a la salud. En este caso concreto, lo que ha entendido el Tribunal

Supremo es que efectivamente no se produjo el acceso a esos datos de salud que son los realmente sensibles.

Regulación legal de la historia clínica. Usos y acceso a la Historia clínica.

A la vista de lo anterior, en este momento es obligado recordar quiénes están legitimados para acceder a una Historia Clínica. Su regulación legal a nivel estatal se encuentra en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica¹⁴, siéndole también de aplicación lo dispuesto por la Ley Orgánica 15/1999, Reguladora de la Protección de Datos Personales¹⁵ y el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la misma. Al margen de la legislación estatal de carácter básico se están realizando leyes reguladoras de la Documentación Clínica en las distintas Comunidades Autónomas

Bajo el epígrafe de usos de la Historia, la Ley 41/2002 determina quiénes pueden acceder a la misma. Así, comienza afirmando que la historia clínica es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia adecuada al paciente. Por este motivo, los profesionales asistenciales del centro que realizan el diagnóstico o el tratamiento del paciente, tienen acceso a la historia clínica de éste como instrumento fundamental para su adecuada asistencia. Además de los profesionales que directamente se relacionan con el proceso asistencial, también se reconoce el derecho de acceso con fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o de docencia. El acceso con estos fines obliga a preservar los datos de identificación personal separados de los clínico-sanitarios para asegurar el anonimato, salvo consentimiento del paciente para no separarlos. Sólo se exceptúan los supuestos de investigación judicial y epidemiológica en los que se considere imprescindible la identificación para la prevención de un riesgo o peligro grave. (De acuerdo con la redacción introducida por la Ley 33/2011 General de Salud Pública). Otro tipo de personal al que se le reconoce un derecho de acceso, aunque restringido, es al personal de administración y gestión de los centros sanitarios, que sólo puede acceder a los datos de la historia clínica relacionados con

Es un delito de descubrimiento de secretos ajenos el acceso indebido a la Historia Clínica. El delito se consuma tan pronto como el sujeto activo accede a los datos, esto es, tan pronto como los conoce y tiene a su disposición, pues sólo con eso se quiebra la reserva que los cubre

sus propias funciones.

Finalmente, se determina que el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, tendrá acceso a las historias clínicas en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto de los derechos del paciente o cualquier otra obligación del centro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración sanitaria.

La responsabilidad patrimonial responde al derecho que tienen los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

4.- La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria

La responsabilidad patrimonial encuentra su base legal en la propia Constitución cuando en su artículo 106.2 dispone que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". A su vez, el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece que "Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En su apartado 2, determina que "en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Respecto al plazo para poder reclamar, el artículo 142.5 determina que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas."

La mencionada Ley 30/1992, también establece que "sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes

de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquellos, todo sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este artículo fue introducido mediante una reforma de la Ley realizada en el año 1999 (Ley 4/1999, de 13 de enero) y su redacción pone de manifiesto la excesiva objetivación y extensión de la antijuricidad del daño que se había dado a la responsabilidad de la administración. Sirva como ejemplo que el contagio transfusional de enfermedades como el VIH o la Hepatitis C cuando aún eran desconocidas para la ciencia, constituía un daño antijurídico que era indemnizable al reunir los requisitos establecidos para el nacimiento de una responsabilidad patrimonial. Desde la reforma de 1999 se entiende que la transmisión de estas enfermedades antes de que la medicina tuviera medios par evitarlo no constituyen un daño antijurídico y por tanto no generan un derecho indemnizatorio.

Fruto de la misma reforma también es el hecho, ya mencionado, de que las reclamaciones contra los profesionales sanitarios tienen que hacerse directamente contra la administración y en la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, en el artículo 144 se indica que “Cuando las Administraciones públicas actúen en relaciones de derecho privado, responderán directamente de los daños y perjuicios causados por el personal que se encuentre a su servicio, considerándose la actuación del mismo actos propios de la Administración bajo cuyo servicio se encuentre.”

En el artículo 145 añade: “1. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el [Capítulo I de este Título](#), los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. 2. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.”

La reforma de la Ley 30/92, hecha por la Ley 4/99, introdujo dos modificaciones fundamentales:

1. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la Ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción.

2. Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial, los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio. La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca.

Finalmente, es preciso tener en cuenta lo dispuesto por la Disposición adicional doce de la ya tan citada Ley 30/1992, : "La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso – administrativo en todo caso".

Así pues, de manera muy resumida, podemos decir que las reclamaciones por daños ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria realizada en el Sistema Nacional de Salud, tienen que dirigirse directamente contra la propia administración, quedando fuera del juego los profesionales sanitarios, excepto que pudieran darse las circunstancias que de acuerdo con la Ley obligan a la administración a exigirles el reintegro de lo indemnizado. Esto se denomina una acción de repetición o de regreso y tiene un carácter tan excepcional que los poquísimos casos en los que se ha producido tienen carácter meramente anecdótico. Se exige que sea la administración la que pague la indemnización, quedando por ello excluidos aquellos supuestos en las que paga

la compañía aseguradora y que además el profesional haya actuado mediando dolo, culpa o negligencia grave.

De estos preceptos legales no puede deducirse que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deben darse los requisitos o elementos que legalmente la caracterizan.

Elementos

En aplicación de la citada normativa legal y de acuerdo con la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración será necesario que concurren, al menos, los siguientes elementos:

- a) La efectiva existencia de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. Daño antijurídico significa que ha de tratarse de un daño que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar. La antijuricidad no se refiere a la acción administrativa, que puede ser perfectamente legítima, sino a que el titular del bien lesionado no tiene el deber jurídico de soportarlo
- b) Que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal del servicio público. Es decir, que sea debido a una acción o hecho imputable a la Administración
- c) Que exista una relación o nexo de causalidad entre hecho y perjuicio
- d) Que no sea producto de fuerza mayor
- e) No haya transcurrido el plazo de prescripción

Las reclamaciones por daños ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria realizada en el Sistema Nacional de Salud, tienen que dirigirse directamente contra la propia Administración.

Los profesionales sanitarios quedan fuera del juego, excepto que pudieran darse las circunstancias que de acuerdo con la Ley obligan a la administración a exigirles el reintegro de lo indemnizado que exige, en todo caso, que hubiesen actuado interviniendo dolo, o culpa o negligencia graves. Esto se denomina una acción de repetición o de regreso.

Se trata, por tanto de un sistema de responsabilidad de naturaleza objetiva, basado, esencialmente en la existencia del daño con independencia de que haya sido producido mediante una conducta legítima o no, bastando con que haya un nexo causal entre la producción del daño y el funcionamiento de la Administración sin otras excepciones que las que proceden de la necesidad de valorar la antijuricidad del daño causado y la prescripción.

La responsabilidad patrimonial es una responsabilidad de naturaleza objetiva, esto es, no exige que el daño sea debido a la existencia de culpa o negligencia, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad penal o como se exige para que nazca la responsabilidad civil extracontractual.

Son indemnizables todo tipo de daños, tanto materiales como personales, incluyéndose los daños efectivos y el lucro cesante. También lo son los daños morales que se traduzcan en un contenido patrimonial.

4.1.- Especial referencia al ámbito sanitario

En el momento actual, como acabamos de señalar, si un ciudadano quiere obtener una indemnización económica por hechos derivados de la actuación de un profesional sanitario que trabaje en el sistema público, tan sólo podrá dirigirse contra la Administración sanitaria. Lo que no es posible es dirigirse contra el profesional directamente, como empleado público, en una demanda ante la jurisdicción civil.

La responsabilidad patrimonial es una responsabilidad de naturaleza objetiva, esto es, no exige que el daño sea debido a la existencia de culpa o negligencia, a diferencia de lo que hemos visto que ocurre en la responsabilidad penal o como se exige para que nazca la responsabilidad civil extracontractual. Basta, por tanto, con que haya una conducta de acción u omisión de la administración, un daño o lesión del particular y un nexo causal entre la actuación de la administración y dicha lesión.

Ahora bien, de un tiempo a esta parte, se viene produciendo lo que se denomina una subjetivación de la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial. Esta modificación ha sido fruto de la jurisprudencia que de manera reiterada considera que en el ámbito de la actividad sanitaria la existencia o no de responsabilidad patrimonial gira en torno a la "lex artis".

En materia de responsabilidad de la administración sanitaria admitir una objetivación absoluta haría a ésta responsable de todo daño derivado de la atención prestada por el sistema público. La administración sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, siendo necesario establecer un límite que permita diferenciar cuándo puede existir una verdadera responsabilidad de la Administración y cuándo el daño no es antijurídico y, además, no procede de la actuación del sistema sanitario sino de la evolución natural de la enfermedad o de complicaciones inherentes a las técnicas diagnósticas y terapéuticas utilizadas, que por conocidas no son evitables. El límite, que doctrina y jurisprudencia coinciden en admitir, no es otro que el de la correcta actuación conforme a los criterios de la *lex artis*, de tal manera que sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan dichos criterios teniendo el paciente la obligación de soportar el daño mientras que en caso contrario, cuando el médico y la institución actúan incorrectamente, contrariando la *lex artis*, la obligación de reparar caerá sobre la administración.

Señala el Tribunal Supremo (Sentencia de 6 de junio de 2001) que: "Conforme se ha expuesto, aún tratándose el tipo de responsabilidad que se reclama de una responsabilidad de carácter objetivo, tal característica no supone en el ámbito de las actuaciones sanitarias la constitución de una obligación de resultado, pues es evidente que el estado de la ciencia y la técnica no puede garantizar siempre y en toda circunstancia una reparación integral de las condiciones psicofísicas de las personas afectadas por accidentes o enfermedades, exigiéndose, eso sí, una prestación adecuada conforme a la *lex artis ad hoc*. Se hace por tanto necesario para que pueda prosperar una reclamación de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario que se acredite en el supuesto contemplado la quiebra de la *lex artis* aplicable al caso concreto, siendo útiles a tal fin los medios de prueba ordinarios y en especial, los informes médicos periciales o la prueba pericial practicada en el propio proceso."

La *lex artis* implica, básicamente, el cumplimiento de tres obligaciones: utilizar los medios que conozca la ciencia y estén a disposición del profesional; informar al paciente, o en su caso a los familiares, del diagnóstico, el pronóstico y las alternativas terapéuticas y sus posibles riesgos y continuar el tratamiento hasta el alta informando de las consecuencias del posible

*Aún cuando la responsabilidad patrimonial no exige que exista el elemento de la culpabilidad, se considera que las actuaciones correctas no son susceptibles de generar responsabilidad y esa corrección la determina la *lex artis*.*

La doctrina de la pérdida de oportunidad supone que la actuación sanitaria, al no ser adecuada, lo que ha hecho es disminuir las posibilidades de curación sin que pueda saberse con certeza si dichas posibilidades se habrían o no materializado en caso de prestarse adecuadamente la asistencia

La doctrina de la pérdida de oportunidad afecta básicamente a la valoración de los daños producidos,

abandono del tratamiento pautado.

Como resumen podemos afirmar que en este momento, en el ámbito de la actividad de la administración sanitaria, se encuentra plenamente vigente la teoría de que los pacientes no pueden exigir que con motivo de la asistencia sanitaria se les garantice la curación sino, tan sólo, a que se les trate adecuadamente conforme a la *lex artis*, descartándose así una responsabilidad objetiva pura y dura. Aún cuando la responsabilidad patrimonial no exige que exista el elemento de la culpabilidad, a diferencia de la responsabilidad penal y civil, se considera que las actuaciones correctas no son susceptibles de generar responsabilidad y esa corrección la determina la *lex artis*. Si se ha respetado no existirá responsabilidad patrimonial, al existir un título que obliga al paciente a soportar el daño. Lo contrario supondría imponer a la Administración sanitaria la garantía de curación del paciente en todo caso.

4.2.- La doctrina de la pérdida de oportunidad

En los últimos años ha aparecido una nueva teoría jurisprudencial que reconoce la obligación de indemnizar a los pacientes aunque la actuación médica incorrecta no sea la responsable directa del daño sufrido por el paciente. Supone que la actuación sanitaria, al no ser adecuada, lo que ha hecho es disminuir las posibilidades de curación. Suele referirse a supuestos de error de diagnóstico o de diagnóstico tardío, como puede ser el caso de tumores en los que es difícil saber si un diagnóstico más precoz, con unos meses de diferencia, hubiera modificado el pronóstico y posterior evolución del paciente. Junto a la patología del paciente, hay una acción u omisión sanitaria, por lo que la actuación del servicio médico no causa la enfermedad, ni necesariamente el resultado final, sino que se limita a disminuir las posibilidades de curación, sin que pueda saberse con certeza si dichas posibilidades se habrían o no materializado en caso de prestarse adecuadamente el servicio sanitario.¹⁶

La doctrina de la pérdida de oportunidad afecta básicamente y al margen de otras cuestiones como el posible nexo causal, a la valoración de los daños producidos, es decir, a establecer cuál es el verdadero daño ocasionado por la actuación médica y poder, así, cuantificar el importe a indemnizar. El cálculo de la

indemnización se efectúa atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de curación si el interesado hubiera sido tratado correctamente, aunque admitiendo que a pesar de todo, no puede afirmarse que una actuación correcta hubiese modificado el resultado.

La primera sentencia que se produjo en España utilizando esta nueva teoría de la pérdida de oportunidad fue la del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, en el ámbito de la responsabilidad civil. Un trabajador que sufrió la amputación de una mano realizando tareas de mantenimiento fue dirigido a un centro sanitario para intentar el reimplante. Durante el traslado el miembro fue introducido en hielo seco o sintético, con una temperatura mucho más baja que la del hielo natural, lo que produjo que al llegar al Hospital la mano presentase un avanzado estado de congelación impidiendo el intento de reimplante. Esto dio lugar a que el Tribunal condenase afirmando: "En suma, pues, a la demandada no se le puede más que imputar la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas".

Es altamente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 junio 2010 que recuerda que según su propia jurisprudencia la pérdida de oportunidad se define como "la privación de expectativas, (...) y constituye un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»".²

2 *Se imputa a una Administración Autonómica una actuación de dejación de funciones en el campo epidemiológico al no realizar la adecuada campaña informativa sobre la falta de efectividad de la vacuna que se le suministró en 1997 a una menor para la meningitis C (Mencevax A+C) y no haberla incluido en la revacunación con la vacuna conjugada contra el meningococo C con posterioridad en el año 2000, de suerte que de no haber sido así y haber estado revacunada, la posibilidad de que hubiera padecido una meningitis fulminante hubiera sido prácticamente inexistente.*

La Sentencia señala que hay que examinar si la información suministrada por la Administración en la Campaña de 2000 fue suficiente, comprensible y adecuada de suerte que los responsables de los mayores de cinco años, excluidos o privados de la vacuna gratuita, pudieran acceder a la información relativa a la ineficacia de la vacuna suministrada en 1997 y tener la oportunidad de decidir como proteger a los menores y adolescentes expuestos, toda vez que ello condiciona de forma determinante la apreciación de la pérdida de la oportunidad. (continúa pag siguiente.....)

4.3.- El consentimiento informado y los efectos de su ausencia

Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, declara que el consentimiento debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada. Añade que dicha información comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias y que, como regla general, se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica.

La información clínica debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales. Será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad.

El derecho a la información será garantizado por el médico responsable que es definido por la propia Ley como el interlocutor principal del paciente en lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial. Los profesionales que le atiendan o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, también serán responsables de informarle.

En cuanto al consentimiento, la Ley, lo define como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. Establece que el consentimiento será verbal por regla general pero que, sin embargo, se prestará por escrito en los

(Continuación pag. anterior.....) Finaliza realizando la siguiente consideración: “Podría argumentarse que, aunque la Administración hubiera proporcionado dicha información, ello no habría sido determinante de que los padres de la joven hubieran podido evitar el contagio revacunándola privadamente, pero lo cierto es que, si algo hay que presumir en el caso particular de la recurrente es que, sus padres, de haber dispuesto de la información ocultada por la Administración, efectivamente, le habrían suministrado la vacuna conjugada sin esperar a que les fuera suministrada gratuitamente, sencillamente porque así lo hicieron en 1997. (...) Lo que es evidente es que nadie se revacuna de una enfermedad como la meningitis C, si no tiene noticia de la insuficiencia de la vacuna anterior y es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa, (...)”

casos siguientes:

- a) intervención quirúrgica
- b) procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general,
- c) aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

A fin de obtener este consentimiento escrito, el facultativo proporcionará al paciente la información básica siguiente:

- a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
- b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
- c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
- d) Las contraindicaciones.

Igualmente, la Ley deja manifiestamente claros los únicos casos en los que los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento:

- a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley O. 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.
- b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él.

La importancia del consentimiento ha sido puesta de relieve de manera muy especial por la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 de 28 de marzo de 2011, que califica la ausencia de aquél como una vulneración del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE). Señala literalmente que: "En definitiva, la regulación legal (...) implica, (...) que, en

principio, cada intervención médica debe estar autorizada por el previo consentimiento del paciente que, a su vez, se ha de encontrar precedido de la correspondiente información sobre el procedimiento a aplicar. Como regla general, dicha información se ha de proporcionar verbalmente, dejando constancia en la historia clínica, y comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de la intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4.1), contenido que se amplía al previsto en el art. 10 de la ley para todos los supuestos en los que resulte necesario el consentimiento escrito del paciente, esto es, los establecidos en el art. 8.2 (entre otros, las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores)."

En cuanto al contenido y finalidad de la información, el Tribunal Supremo es claro: "La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica (...) Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma."¹⁷

*El deber de información integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la *lex artis* para llevar a cabo la actividad médica. Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma.*

La ausencia de consentimiento informado está siendo objeto de numerosas condenas judiciales en reclamaciones de

responsabilidad patrimonial. El criterio general supone que el paciente no tiene por qué asumir los riesgos de una intervención cuando no ha sido informado de ellos y por tanto no puede afirmarse que se haya expuesto de manera voluntaria a su posible aparición. Ahora bien, la mera ausencia de información no genera de manera automática una responsabilidad patrimonial, sino que es necesario que además se produzca un daño.

De manera inequívoca se expresa el Tribunal Supremo cuando en la sentencia de 26 de febrero de 2004 señala: "Aún cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede "per se" dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente. (...). Para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad."

Aún cuando este es el criterio general, hay algunas sentencias en las que se llega a condenar por el hecho de no informar sin que quede claro que además concurre un daño.¹⁸

De todos modos, y dentro de la tendencia mayoritaria, la idea esencial es que la información previa al consentimiento es imprescindible para que la actuación médica pueda ser considerada como adaptada a la *lex artis*, es decir, para que sea correcta. Es especialmente relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006 antes citada: "Es cierto que existió una intervención quirúrgica que el demandado realizó al paciente, hijo de la actora, y en términos de causalidad física esta es la causa del daño sufrido, porque las secuelas se generaron como consecuencia de la intervención quirúrgica, y sin ésta no se habría producido. Ahora bien, el daño que se debe poner a cargo del facultativo no es el que resulta de una intervención defectuosa, puesto que los hechos probados de la sentencia descartan una negligencia médica en la práctica de la intervención. El daño que fundamenta la responsabilidad resulta de haber haberse omitido la información previa al consentimiento, que sí lo hubo para realizarla, así como de la posterior materialización del riesgo previsible de la intervención, puesto que con ello se impidió a la madre del menor poder tener debido conocimiento del mismo y actuar en consecuencia antes de dar su autorización."

La ausencia de consentimiento informado está siendo objeto de numerosas condenas judiciales en reclamaciones de responsabilidad patrimonial. Ahora bien, la mera ausencia de información no genera de manera automática una responsabilidad patrimonial, sino que es necesario que además se produzca un daño.

4.4.- La exclusión de los daños morales. La acción de repetición o de regreso

Una cuestión reciente es el hecho de que las pólizas de responsabilidad civil suscritas por los diferentes Servicios de Salud contienen una cláusula que excluye de su ámbito de cobertura los daños morales no vinculados o derivados de un daño físico. El ejemplo más claro de este tipo de lesión lo constituyen las intromisiones ilegítimas en el honor y la intimidad. Esto lleva a que las compañías aseguradoras no paguen este tipo de indemnizaciones, teniendo que hacerlo la Administración, lo que da lugar a que se dé el presupuesto que la Ley exige para que haya que iniciar un procedimiento de repetición si el funcionario, o estatutario a estos efectos, causante del daño actuó dolosa o culposamente.

Ya hemos comentado anteriormente que la Ley 4/1999, de 13 de enero, modificó la redacción del art. 145 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común estableciendo que "La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca. Para la exigencia de dicha responsabilidad se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso".

Así pues, según el art. 145.2 no es potestativo para la Administración ejercitar la acción de regreso contra el personal a su servicio, sino que se establece como una exigencia indisponible para la Administración. Cuando la Administración hubiere indemnizado a los lesionados exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, culpa o negligencia grave. Esto se denomina acción de repetición o de regreso. Para que la Administración pueda repetir contra la autoridad o funcionario causante del daño es necesario que, previamente, haya pagado

la indemnización y que, en su actuación, el personal a su servicio haya incurrido en dolo, culpa o negligencia graves.

Para exigir al personal a su servicio dicha responsabilidad, es necesario que la Administración instruya un procedimiento. Se suscita el problema de hasta qué punto el funcionario afectado puede discutir la cuantía de la indemnización abonada. Si la cuantía fue impuesta mediante sentencia judicial no parece que éste pueda alegar nada al respecto, no siendo posible su revisión. Ahora bien, cuando la indemnización es fijada por la propia Administración en un procedimiento administrativo, a fin de que no se produzca indefensión, deberá citarse al funcionario, presuntamente responsable. De no habersele dado oportunidad de defensa en este proceso, no puede negársele en el procedimiento de repetición que se incoe frente a él, la facultad de discutir si es correcta la cantidad pagada en concepto de indemnización.¹⁹

Resulta muy interesante la reclamación efectuada por una usuaria que considera afectado su derecho a la intimidad por la filtración de un informe sobre su salud a un familiar. Desde los servicios de Inspección Médica se solicitó un Informe sobre el estado de salud de una persona sin que hubiese motivo alguno que lo justificase. El médico responsable de la paciente emitió un Informe sobre el tratamiento de deshabitación alcohólica que estaba siguiendo y su evolución. Este informe fue presentado por el marido de la enferma en el juicio de separación que se estaba celebrando entre ellos siendo ésta la causa, según la reclamante, por la que el Juez la privó de la custodia de un hijo menor de edad. El Servicio de Salud incoó expediente disciplinario y sancionó al funcionario responsable de la irregular petición y de la debida falta de custodia. La paciente cuya información clínica fue difundida presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial por entender que se había producido una afectación de su esfera patrimonial como consecuencia de un atentado a su intimidad. Instruido el correspondiente expediente se estimó íntegramente la reclamación reconociendo el derecho de la interesada a una indemnización de 12.000€. El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en pieza separada de su Dictamen 168/2006, estima que una vez indemnizada la interesada, la Administración debe ejercitar la acción correspondiente en vía de regreso, en los términos establecidos en el artículo 145 de la Ley 30/1992.

El Consejo de Estado en su Dictamen 188/2008 de 10 de abril de 2008 sigue el mismo criterio en cuanto a la obligación de la Administración de iniciar un expediente de repetición contra el funcionario, en este caso, estatutario, que por culpa ha ocasionado el daño a un particular. Se trata de un médico que accede a la historia clínica de una paciente para obtener de esta forma los datos personales de su madre, datos con los que le pone una denuncia por un asunto estrictamente particular. El Consejo de Estado considera que la responsabilidad imputable al Centro de Salud en el que se produjeron los hechos consiste en que en el mismo se incumplió la obligación legal de procurar que los datos personales de pacientes de que dispone se destinen solo a los fines correspondientes. Estima conveniente fijar la cuantía indemnizatoria en 3.154€. En este caso había sido ya sancionada la Administración sanitaria por la Agencia de Protección de Datos como consecuencia de haberse utilizado indebidamente los datos de la reclamante y de su hija. Finaliza el Dictamen abordando la cuestión relativa a la repetición sobre el facultativo y señala que "la acción del facultativo ha sido dolosa, pues fue plenamente consciente del uso que hacía de los datos personales, por lo que debería repetirse contra el mismo conforme al artículo 145 de la Ley 30/1992 debiendo seguirse para ello el procedimiento previsto en el artículo 21 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo."

Conclusiones

Hemos comenzado este Capítulo advirtiendo que el título “Malpraxis y Gestión de Riesgos” exigía dos matizaciones. La primera es que la Gestión de Riesgos a la que se hace referencia es la vinculada a sus inicios y por tanto a su concepto antiguo, es decir, el relacionado con las reclamaciones generadas como consecuencia de prácticas clínicas incorrectas. La versión actualizada de la Gestión de Riesgos entronca con la Seguridad y se vincula de forma más directa con la calidad asistencial. En segundo lugar, es importante dejar claro que la “malpraxis”, como expresión referida a la mala práctica o practica no acorde con los criterios de la *lex artis ad hoc*, no es por sí misma generadora de responsabilidades jurídicas. Al mundo del derecho únicamente le interesan las conductas incorrectas cuando generan un daño. Es decir, la malpraxis es un concepto que debe quedar ligado a la práctica médica segura, como una dimensión más de la calidad asistencial y tan sólo cobra relevancia jurídica cuando, como consecuencia de esa conducta incorrecta, se ocasiona un daño al paciente.

Por ello el desarrollo del estudio se ha dirigido hacia aquellas conductas que pueden dar lugar a reclamaciones con motivo de la asistencia sanitaria prestada en el sistema público sanitario y que tienen como fin exigir la reparación de los daños causados. Nos hemos centrado en las reclamaciones por responsabilidades penales que pueden afectar a los profesionales y en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración. En este momento son las únicas que vías por las que los ciudadanos pueden buscar el resarcimiento de los daños sufridos con motivo de la actividad de la Administración sanitaria.

Sin lugar a dudas, los delitos que con mayor frecuencia se ven en el ámbito sanitario son los derivados de actuaciones incorrectas que no pretenden causar daño al paciente de manera intencional. Estos son los delitos de homicidio y de lesiones ocasionados de manera imprudente. Esto significa que el profesional se verá inmerso en un proceso penal como consecuencia de una conducta inadecuada, no adaptada a la *lex artis* de su profesión, que ocasiona un daño o lesión a un paciente.

Junto a estos llamados delitos culposos, también hemos querido aproximarnos a los delitos de revelación y descubrimiento de secretos. Se trata de una figura delictiva que hasta este momento ha dado lugar a algunas, muy pocas, condenas penales pero que en un futuro próximo generará más de un disgusto a los profesionales sanitarios, excepto que de forma drástica se produzca un radical cambio cultural entre ellos.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial, debe quedar claro que es la vía más normal y frecuente que los particulares utilizan para exigir las indemnizaciones que reparen los daños derivados de la actividad del sector sanitario público. Las sucesivas reformas legislativas han llevado a que los ciudadanos, para poder hacer efectiva esta responsabilidad, tienen la obligación de dirigirse directamente contra la Administración. Esto también incluye las reclamaciones por los daños y perjuicios causados por las autoridades y personal a su servicio al haber quedado erradicada la vía de la responsabilidad civil. Por tanto, en este momento, cuando un usuario del sistema sanitario público considere que se ha producido una lesión de sus bienes o derechos y pretenda ser compensado económicamente mediante una indemnización, no podrá dirigirse contra los profesionales sanitarios, sino que habrá de hacerlo directamente contra la Administración sanitaria. Contra los profesionales solo cabe la vía penal.

Fruto también de las reformas legales introducidas en esta materia, es el que hayan dejado ser indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de su producción.

Igualmente, dentro de la responsabilidad patrimonial de la Administración, se han producido en los últimos años importantes cambios jurisprudenciales con la aparición de nuevas e interesantes figuras jurídicas. Así, hemos podido ver como se ha pasado de un responsabilidad de naturaleza estrictamente objetiva, a una clara exigencia de incorrección en la actuación sanitaria, de tal manera que las conductas adecuadas y conformes a los criterios de la *lex artis ad hoc* eliminan la antijuricidad del daño o anulan el nexo causal de forma tal que, en términos

generales, no existe responsabilidad salvo que se pruebe que la asistencia sanitaria ha sido incorrecta, es decir, no adaptada a la *lex artis*.

Del mismo modo, los tribunales de justicia han modelado nuevas figuras que merecen un detenido análisis, como son la doctrina de la pérdida de oportunidad o los efectos de la ausencia del consentimiento informado.

Referencias bibliográficas

- 1 ARANAZ ANDRES J.M. "De la Adversidad a la Seguridad a través de la Gestión de Riesgos" *Rev. Seguridad del paciente y calidad asistencial*. Vol. I, nº 2, diciembre 2009, pags. 5-7.
- 2 GALLEGO RUESTRA, S. "Responsabilidad profesional y Gestión de Riesgos" *En Derecho Sanitario y Sociedad. Manuales de Dirección Médica y Gestión Clínica* (GIMENO J.A., REPULLO J.R., RUBIO S.) Diaz de Santos 2006, pp 99-172
- 3 SANCHEZ CARO, J. y ABELLAN F. "Imprudencia y negligencia en la profesión médica" *Asesoramiento en derecho sanitario S.L. Granada 2001*. Pg. 31 y ss.
- 4 GALLEGO RUESTRA S., BOBES GARCÍA J. *Últimas tendencias de la responsabilidad profesional médica con especial atención a la intimidad*. Grupo Ars XXI de Comunicación, S.L. Barcelona (España). 2006
- 5 GALLEGO RUESTRA SERGIO. "El derecho a la intimidad: Un nuevo desafío para la calidad y la seguridad del paciente." *Rev. Seguridad del paciente y calidad asistencial*. Vol. I, nº 1, mayo 2009, pags. 23-31.
- 6 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- 7 Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina), suscrito el día 4 de abril de 1997, y que ha entrado en vigor en el Reino de España el 1 de enero de 2000.
- 8 MEJICA GARCIA, J. *Hacia un estatuto jurídico desarrollado de la historia clínica*. La Ley nº 5638 de 22 de Octubre de 2002.
- 9 GALLEGO RUESTRA, S. *La relación médico-enfermo ante los avances científicos: perspectivas de futuro*. *Revista Administración Sanitaria*, Vol. VI, nº 23, julio-septiembre 2002, 107-120.
- 10 GARCÍA VITORIA, A.: *El derecho a la intimidad en el derecho penal y en la Constitución de 1978*. *Aranzadi*, 1993, 18 y 55.

11 *Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal derogada por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.*

12 *Sentencia del Tribunal Supremo 574/2001, de 4 de abril de 2001.*

13 *Sentencia del Tribunal Supremo 234/1999, de 18 de febrero de 1999.*

14 *Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica. Informe Final. Madrid, 1997. Subsecretaría de Sanidad y Consumo. Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1998.*

15 *Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.*

16 *MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F "La doctrina de la pérdida de oportunidad en el ámbito de la responsabilidad sanitaria: un problema de quantum indemnizatorio o de nexos causal", en Adroher Biosca, S. y de Montalvo Jääskeläinen, F. (Directores), Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina, Thomson-Civitas-Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2008, pp. 365 a 376.*

17 *Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 2006*

18 *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2005*

19 *GONZÁLEZ PÉREZ, J: Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas. Segunda Edición. Editorial Civitas, Madrid, 2001, pág. 526*