

NEGLIGENCIA MÉDICA EN UN CASO DE ANEURISMA CEREBRAL

**NEGLIXENCIA MÉDICA NUN CASO DE ANEURISMA
CEREBRAL
MEDICAL NEGLIGENCE IN A CASE OF BRAIN
ANEURYSM**

TRABAJO DE FIN DE GRADO

A CORUÑA, 14 DE FEBRERO DE 2017

REALIZADO POR JOAQUINA LOURO CASTRO

TUTORIZADO POR JOSÉ ANTONIO SEOANE RODRÍGUEZ

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
I. INTRODUCCIÓN	3
II. SUPUESTO DE HECHO	4
III. CUESTIÓN PRIMERA.....	5
IV. CUESTIÓN SEGUNDA	13
V. CUESTIÓN TERCERA	33
VI. CUESTIÓN CUARTA.....	38
VII. BIBLIOGRAFÍA	42
VIII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	43

ABREVIATURAS

Cc Código civil

CE Constitución Española

CP Código penal

DA Disposición adicional

FJ Fundamento Jurídico

LBAP Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica de Autonomía del Paciente

LCIG Ley 3/2001, de 28 de mayo, del consentimiento informado de Galicia

LCS Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro.

LGS Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

LJCA Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo

LOPJ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

LPAC Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común.

LRJAPAC Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

LRJSP Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

LSG Ley 8/2008, de 10 de julio, de Sanidad de Galicia.

RDL Real decreto legislativo

SAP Sentencia de la Audiencia Provincial

STS Sentencia del Tribunal Supremo

STSJG Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS Tribunal Supremo

UE Unión Europea

I INTRODUCCIÓN

Estamos en una época en la que la profunda crisis económica que sufre nuestro país es utilizada para justificar la precaria calidad que se oferta en ocasiones en los servicios públicos.

Desgraciadamente, en el ámbito sanitario este mal funcionamiento de la Administración puede tener desenlaces fatales.

Todos estamos hartos de escuchar en los medios de comunicación que el problema de las urgencias no tiene solución y que la saturación de los hospitales es algo habitual, e incluso “normal”, instándonos a la resignación.

Así ocurre en el caso que nos ocupa. Se trata de una mujer de 54 años que acude a un centro sanitario donde es correctamente diagnosticada de una patología, pero la falta de camas en ese momento hace que se le dé el alta, difiriendo el tratamiento a un segundo tiempo. Desafortunadamente, la paciente fallece antes de ser tratada.

Es importante destacar que la enfermedad que presenta la paciente es potencialmente mortal, y también es importante aclarar que dicha patología tiene tratamiento, y que éste es curativo; de hecho, si se interviene precozmente la resolución es “ad integrum”¹, es decir, sin secuelas. Por tanto, estamos ante un caso en el que si la paciente hubiese ingresado y recibido el tratamiento oportuno estaría viva y probablemente sin ningún tipo de limitación funcional.

¹ Este hecho se puede acreditar fácilmente con un informe pericial.

II SUPUESTO DE HECHO

Carmen tiene 54 años, es viuda y vive en A Coruña con sus dos hijas, Juana y María de 18 y 22 años respectivamente. Como hace mucho tiempo que tiene cefaleas, decide acudir a Urgencias del CHUAC para consultarlas, sin avisar a sus hijas. En el hospital el doctor Vázquez le realiza un tac craneal y detecta un aneurisma cerebral de 2,5 cms., por lo que avisa al neurocirujano de guardia el doctor Seco, y al neurólogo de guardia el doctor Fandiño, para su valoración. Ambos deciden que la embolización es la mejor opción, pero como es fin de semana y no tienen camas le dan el alta, pendiente de llamarla para realizar el procedimiento.

Carmen no quiere preocupar a sus hijas, por ello no les comenta nada y decide esperar a que la llamen para contarles que tiene que ingresar.

Al ser otoño y temporada de gripe no hay disponibilidad de camas en el hospital, por lo que no se avisa a la paciente. Pasadas tres semanas Carmen sufre un nuevo episodio de cefalea y entra en coma. Sus hijas llaman al 061, que tarda 20 minutos en llegar. A su llegada la paciente sigue en coma y respira con dificultad, por lo que deciden conectarla a un respirador y trasladarla al hospital. Una vez allí se le hace un tac craneal y se informa a la familia de que tiene una hemorragia cerebral masiva debida al aneurisma y de que presenta muerte cerebral.

Carmen había hecho un testamento vital (documento de instrucciones previas) en el que dejaba claro que bajo ningún concepto quería que, llegado el caso, fuese desconectada de la respiración asistida o de cualquier otro procedimiento que le prologase la vida, pues creía que podrían existir más adelantos en el futuro y que podría seguir viviendo. Los médicos informan a la familia de que van a desconectarla, pues no hay posibilidades de supervivencia. Finalmente en contra de la familia se desconecta de la respiración asistida.

Cuestiones

1. Juana decide emprender acciones legales contra el doctor Vázquez, que atendió a su madre el primer día y no les informó de que su madre estaba en Urgencias ni de la gravedad de su dolencia. ¿Qué argumentos puede alegar el doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia? ¿Cómo puede justificar el doctor Vázquez que informó de la gravedad de la enfermedad a doña Carmen?
2. María decide acudir a un abogado, pues cree que su madre ha sido víctima de una negligencia médica y quiere que le informe de los cauces legales a seguir. Si usted fuese su abogado, ¿contra quién emprendería acciones legales?; ¿ante qué tribunal?; ¿mediante qué procedimiento?; ¿podría imputarle algún ilícito? En caso afirmativo, ¿cuál o cuáles?
3. Con respecto al documento de instrucciones previas, ¿qué validez legal tiene en este supuesto? Pese a la voluntad en contra de la paciente y de su familia, ¿pueden los médicos retirar el soporte de respiración asistida?
4. En caso de que María emprenda acciones legales contra los médicos o a la administración y obtenga una indemnización, ¿debería repartir el importe con su hermana Juana?

III Cuestión primera

1. ¿Qué argumentos puede alegar el doctor Vázquez para justificar que no informó a la familia?

Debe alegar que el titular de la información asistencial es el paciente y no su familia, motivo por el cual es el destinatario de la misma.

1.1. Consideraciones jurídicas

1.1.1. Elemento subjetivo de la información

1.1.1.1. Titular del derecho a la información sanitaria

La LBAP diferencia la llamada información asistencial de la epidemiológica.

Es fundamental saber a qué información nos estamos refiriendo porque el receptor de dicha información puede variar.

La información asistencial, la más habitual, tal y como se refleja en el artículo 4.1² engloba toda la información referente a la salud del enfermo y comprende como mínimo la finalidad y la naturaleza de cada intervención.

Por el contrario, la información epidemiológica como estipula el artículo 6³ comprende información sobre la salud de la colectividad en tanto en cuanto pueda afectar a la salud del individuo.

El artículo 5 establece quiénes son los titulares de la información asistencial, así en su punto primero dice que el principal destinatario de dicha información es el paciente, incluso en caso de incapacidad⁴, pero también serán informadas “las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho” aunque puntualiza, que solo “en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”.

Este punto es importantísimo pues solo cuando el paciente lo autorice se podrá informar a los familiares.

El artículo 9.2.a de la LSG refuerza también el derecho que tiene el enfermo a “conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma”.

Queda claro por tanto que es el paciente el primer y si ese es su deseo el único destinatario de la información sobre su salud.

Sin embargo, este derecho no es absoluto.

² Artículo 4. Derecho a la información asistencial. 1“Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

³ Artículo 6. Derecho a la información epidemiológica.” Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley”.

⁴ Artículo 5. Titular del derecho a la información asistencial. 2.”El paciente será informado incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal”.

Así el punto tercero del artículo 5 de la citada ley estipula que “ cuando el paciente , según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico, ésta se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho” en este caso se proporcionaría información a los allegados aún en contra de la voluntad del enfermo, pues se entiende que sus facultades para comprender o para tomar una decisión referente a su estado de salud están mermadas; el paciente aquí sería perfectamente capaz desde el punto de vista del derecho, pues no precede sentencia de incapacitación, pero no lo sería de hecho, lo que corrobora el médico que lo atiende.

Existe otro límite al derecho a la información sanitaria de los pacientes contemplado en la ley, concretamente en el artículo 5.3, se trata de la existencia de un “estado de necesidad terapéutica.

Se entiende por necesidad terapéutica la facultad del médico para actuar profesionalmente sin informar antes al paciente, cuando por razones objetivas el conocimiento de su propia situación pueda perjudicar su salud de manera grave.

El único requisito en estos supuestos es que el facultativo deje constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunique su decisión a las personas vinculadas al enfermo.

En general el objetivo de este artículo es proteger al paciente de informaciones dramáticas que puedan empeorar su estado clínico.

Ha quedado suficientemente demostrado que es el paciente y nadie más el titular del derecho a la información asistencial pero también le asiste el derecho a no ser informado.

Así el artículo 4.1 de la LBAP dice que “toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada” estableciéndose en el artículo 9.1 las condiciones para hacer uso de este derecho, así dice que “la renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo a la intervención”.

1.1.1.2. Titular de la obligación de facilitar la información sanitaria

El artículo 10.7 de la LGS reconoce que el enfermo tiene derecho “a que se le asigne un médico, cuyo nombre se le dará a conocer, que será su interlocutor principal con el equipo asistencial, en tal forma que, en caso de ausencia, otro facultativo del equipo asumirá tal responsabilidad” y el artículo 4.3 de la LBAP atribuye dicho deber de informar a ese médico responsable del enfermo así dice que “el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información”.

Sin embargo, en aquellas circunstancias en las que por la complejidad del caso se remita al paciente a un especialista, queda claro que será éste el encargado de transmitir dicha información más especializada. En este sentido el citado artículo 4.3 atribuye también el deber de informar a “los profesionales que le atienden en el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto”.

1.2. Aplicación al caso

Legalmente el titular de la información asistencial es el enfermo por tanto en nuestro supuesto es Doña Carmen, así se establece, como hemos visto, en el artículo 5.1 de la LBAP y en el artículo 9.2.a de la LSG, no estando incapacitada previamente y por tanto no siendo de aplicación el artículo 5.2 de la LBAP, hallándose ésta en pleno ejercicio de sus facultades físicas y psíquicas en el momento de la información por lo que tampoco es aplicable el artículo 5.3 de la citada ley y no objetivando el profesional un estado de necesidad terapéutica y por lo tanto no siendo aplicable el artículo 5.4.

Dado que se estipula en el caso que la paciente decide ir al hospital sin avisar a sus hijas se entiende que tácitamente no es su deseo que conozcan su enfermedad por tanto y en aplicación del artículo 5.1 de la LBAP el profesional no debe informarlas.

Tampoco consta en el supuesto que la paciente haya renunciado a su derecho a la información del artículo 4.1 y de haberlo hecho colisionaría con el artículo 9.2 pues en este caso el ejercicio de este derecho está limitado por el interés de la salud del propio paciente y las exigencias terapéuticas del caso, debe entender que puede fallecer.

Por lo que respecta al facultativo responsable de la información hay que tener en cuenta que el doctor Vázquez, se entiende médico de urgencias, derivó a la paciente a los especialistas en neurología y neurocirugía, en este caso los doctores Seco y Fandiño por las características y la gravedad de la patología que presenta la enferma, por tanto y en este preciso supuesto dada la especialización de la información médica, la información asistencial compete a los especialistas que le atienden durante su proceso asistencial y deciden darle el alta a la espera de aplicarle un procedimiento concreto, son estos facultativos los que mejor conocen las características de la enfermedad sus complicaciones y riesgos, por lo tanto y en aplicación del citado artículo 4.3 de la LBAP a ellos les compete dirimir si informa o no a los familiares y no al doctor Vázquez.

2. ¿Cómo puede justificar el doctor Vázquez que informó de la gravedad a Doña Carmen?

Salvando el hecho de que no sea el doctor Vázquez el médico más cualificado para facilitar la información asistencial, dadas las características de la patología que presenta la enferma, como hemos apuntado, para justificar que ha informado de la gravedad de la situación bastaría con las anotaciones de la historia clínica⁵ donde constase que efectivamente lo ha hecho, en este caso además tendría que constar que se le informa de los riesgos que corre al darle el alta, no siendo necesario en contra de lo que se podría pensar la obtención del consentimiento informado.

Dicho esto, hay que aclarar, aunque no es objeto de debate, que para el procedimiento de embolectomía sí es preciso obtener el consentimiento por escrito proporcionando un tiempo prudente para la reflexión antes del mismo.

⁵ La LBAP define la historia clínica en su artículo 3 como “el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”.

2.1. Consideraciones jurídicas

2.1.1. Historia del derecho a la información

Hay que partir del hecho de que la información es un pilar básico del principio de la autonomía de la voluntad del paciente, reconocida por nuestro derecho⁶, sin información no es posible hablar de ningún tipo de autonomía, ni informativa, ni decisoria ni funcional.

La jurisprudencia ya hablaba de la necesidad de una correcta información para la obtención de un consentimiento válido y por tanto para el desarrollo de la autonomía informativa y decisoria del paciente en el año 1957, así en el caso *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, se consideró que la falta de información de un radiólogo a la paciente acerca de las posibles complicaciones y riesgos secundarios de una aortografía equivalía a ocultar información necesaria para que el paciente tomase la decisión de realizarla o no.

En España el reconocimiento de este principio como derecho se inicia en 1978 con la CE que no reconoce un derecho propiamente dicho, sino que se incluye dentro del derecho a la integridad física y moral del artículo 15 de la CE como deja claro la STC 37/2011 en su FJ 7 cuando dice “Ya hemos anticipado que la privación de información equivale a una privación o limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral”.

Sin embargo, su consolidación se produjo a raíz del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa de 1997, que entró en vigor en nuestro país el 1 de enero de 2000 y su principal desarrollo legislativo a través de la LBAP.

Desde entonces y hasta nuestros días se ha evolucionado mucho gracias a la incorporación de la jurisprudencia del TEDH como referente de la jurisprudencia constitucional y a la labor normativa de la UE perfilando los distintos matices de la denominada autonomía del paciente.

2.1.2. Condiciones de la información

Los artículos 4.1 de la LBAP y 9.2 de la LSG que ya hemos mencionado advierten que se debe de informar siempre, en todas las actuaciones asistenciales.

Con respecto al contenido de dicha información comprenderá como mínimo según los citados artículos “la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos, beneficios y consecuencias”.

Esta información será además verdadera, comprensible y adecuada a las necesidades del paciente así lo especifica el artículo 4.2 LBAP⁷ y el artículo 9.2.a⁸ de la LSG.

En cuanto al carácter de verdadero esto se entiende por parte del paciente y también por parte del profesional; así el artículo 2.5 de la LBAP aclara que “los pacientes o usuarios tienen el deber de facilitar los datos sobre su estado físico o sobre su salud de manera leal y verdadera, así como el de colaborar en su obtención, especialmente cuando sean necesarios por razones de interés público o con motivo de la asistencia sanitaria”.

⁶ Ya desde el convenio de Oviedo de 1998, ratificado por España y cuyo máximo exponente es la LBAP.

⁷ Dice este artículo “La información clínica forma 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”

⁸ La LSG también refuerza estas características de la información “La información clínica será verdadera y se comunicará al o a la paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades como ayuda para tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

Por lo que respecta al facultativo deberá proporcionar información veraz, pero podrá modular los términos de la información en aquellos casos de pronóstico infausto en aras de no perjudicar el estado clínico del paciente por la fatalidad de las noticias.

Ha de ser comprensible de modo que se utilicen términos con los que esté familiarizado el enfermo huyendo del lenguaje técnico totalmente ajeno al paciente.

El matiz de adecuada fue introducido por el artículo 5 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina del Consejo de Europa de 1997 al afirmar que “Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada a cerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sus riesgos y consecuencias” queda claro pues, que la información tiene como objeto que el paciente pueda entender la finalidad de la actuación sanitaria concreta y las consecuencias de realizarla y no hacerlo y las alternativas terapéuticas, a esto nos referimos con adecuada, adecuar la información al fin perseguido considerando las especiales particularidades de cada paciente.

Se entiende que la omisión en la información de posibles riesgos o efectos adversos frecuentes o aquellos infrecuentes, pero de especial relevancia por sus consecuencias negativas sobre la salud del enfermo conocidos por la ciencia médica en ese momento, no podría ser tomada en consideración por el enfermo y por tanto determinaría una elección viciada determinando que la responsabilidad sobre los mismos recaiga en principio sobre el médico no informante. Podemos en este caso hablar incluso de infracción de la *lex artis*.

Así la STS de 23 de julio de 2003 en su FJ 4 en relación a la rotura de los dos tímpanos tras una intervención quirúrgica en el oído establece que es un riesgo previsible del que no se informó siendo por tanto objeto de responsabilidad.

En el mismo sentido la STS de 30 de junio de 2009 en relación a la lesión del nervio ciático durante una intervención de cadera en su FJ 4 establece que por tratarse de un riesgo previsible del que no se informó se incurre en responsabilidad. En dicha sentencia se hace referencia a la teoría de pérdida de la oportunidad en el sentido de que si el paciente conociese tal riesgo podría haberse negado a la intervención y haber optado por otra alternativa con menos riesgos, pues no existía urgencia vital en practicar la operación.

En sentido contrario los factores no previsibles o las complicaciones no relacionadas con el procedimiento o tratamiento en cuestión no podrían calificarse de falta de información, es necesario una relación de causalidad, así la STS de 23 de octubre de 2008 en su FJ 7 en relación al fallecimiento de la madre al producirse durante el embarazo mediante la técnica de reproducción asistida, un cuadro de eclampsia asociada a un síndrome de Hellp aclara que es un riesgo “atípico por imprevisible o infrecuente, siendo que la fecundación *in vitro*, no se constituye por sí misma y en términos epidemiológicos, como factor de riesgo alguno en relación a la preeclampsia y/o síndrome de Hellp en el embarazo, no existiendo por tanto relación de causa efecto que pudiera integrar dichos procesos patológicos en la categoría de los riesgos previsibles asociados al tratamiento”.

En la STS de 30 de abril de 2007 en relación con la pérdida de visión en un ojo posterior a una intervención de cataratas congénitas bilaterales a consecuencia de una infección, de la que no se informó, tampoco cabe, a juicio del tribunal “una información acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que puedan producirse” como podemos leer en el FJ 5 eximiendo de responsabilidad al profesional que no comunicó dicha complicación. Como hemos mencionado anteriormente la información “adecuada” incluye no solo la comunicación de los riesgos o posibles complicaciones asociados a una posible enfermedad

o conducta diagnóstica o terapéutica sino también, la valoración de las alternativas terapéuticas, en este sentido la STS de 1 de febrero de 2008 afirma que “ se vulnera el derecho del paciente a recibir el consentimiento informado al no informarse a la actora de todos los tratamientos susceptibles de tratar el padecimiento que sufría” y sigue “ pues si bien se le informó de los riesgos que podían derivarse de la intervención quirúrgica, sin embargo no consta que se le informase de un posible tratamiento alternativo de radioterapia, lo que en definitiva puede considerarse un incumplimiento de la lex artis y revela una manifestación anormal del servicio sanitario”.

2.1.2. Información verbal y consentimiento por escrito. La carga de la prueba.

El artículo 4.1 y el 8.1 de la LBAP señala que la información se proporcionará como regla general de forma verbal, dejando constancia en la historia clínica siempre que no concurren las circunstancias estipuladas en el artículo 8.2 que dice que “el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

En este sentido se ha manifestado también el artículo 3.1 de la LCIG cuando dice que “el consentimiento será verbal por regla general y se presentará por escrito en los casos de intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del enfermo”.

Este criterio legal ha sido reforzado por la jurisprudencia, podemos citar aquí la STS de 13 de octubre de 2009 que en su FJ2 establece que “el caso examinado, la sentencia recurrida aborda de forma minuciosa la cuestión relativa a la información para concluir que, no obstante, no haberse hecho por escrito, se proporcionó al paciente. La información es una, más acusada en la medicina voluntaria, en la que el paciente tiene un mayor margen de libertad para optar por su rechazo habida cuenta la innecesidad o falta de premura de la misma que en la asistencial, y por su propia naturaleza integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, que es exigible y se presta por el médico responsable del paciente”.

Por lo que respecta a la carga de la prueba, la jurisprudencia por aplicación del principio de facilidad probatoria, al resultarle más sencillo al centro sanitario que al paciente la demostración de la correcta información, invierte la carga de la prueba de modo que es la Administración la que debe probar que este trámite se hizo correctamente y no el paciente.

Así en la STS de 10 de octubre de 2007 se constata que “Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

Se puede concluir por tanto que en aquellos actos médicos en los que la ley no exige forma escrita y en los que se ha cumplido con el deber de información y ello se ha documentado en la historia clínica, dicha historia constituirá la prueba documental que acredite cumplida la obligación, la carga de la prueba de la no información en este supuesto, habrá de recaer en el paciente reclamante. La anotación en la historia clínica tendrá una presunción iuris tantum de cumplimiento del deber de informar.

En los casos en los que el facultativo no haya realizado las pertinentes anotaciones en la historia deberá probar que efectivamente cumplió con su compromiso, sin embargo, y dado

que la ley exige tan solo la forma verbal, la simple alegación de un hecho que permita presumir que la información fue suministrada sería suficiente para acreditarlo.

Caso distinto es encontrarnos ante una situación en la que es preceptiva la forma escrita y no se haya realizado, en este supuesto el facultativo deberá introducir algún medio de prueba que permita corroborar que este requisito legal fue cumplido de lo contrario se presume que hay antijuricidad del daño sufrido por el enfermo y se constata la responsabilidad.

Evidentemente debe existir daño o perjuicio pues si el acto médico que generó la falta de información ha producido mejoría del enfermo, no procede indemnización tal y como apunta la STS de 30 de junio de 2009.

Por último hay que puntualizar que el consentimiento escrito requiere un lapso de tiempo que permita la reflexión antes de su otorgamiento, la doctrina es unánime en este sentido y así se desprende igualmente del artículo 8.1 de la LBAP cuando dice que “ Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso” se entiende que para valorar ha de disponer de un espacio de tiempo entre la información y su consentimiento.

2.1.3. Negativa del paciente al tratamiento propuesto

El reconocimiento a la autonomía del paciente por nuestro ordenamiento ha supuesto aceptar que tras una correcta información asistencial el paciente adulto y capaz puede rechazar una determinada actuación médica aunque ello comporte su muerte sin justificar en modo alguno su posición, así se expresa en el artículo 2.4 de la LBAP “Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley” y se desprende también del artículo 8.1 cuando dice que “ Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. También la jurisprudencia se ha manifestado en este sentido al considerar que el derecho de autodeterminación del enfermo se engloba dentro del derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE, así la STC 37/2011 en su FJ 3 dice que “el derecho a la integridad física y moral resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental a la integridad física”.

Este derecho de autodeterminación presenta el límite impuesto por el citado artículo 2.4 “excepto en los casos determinados en la Ley” que aparecen en el artículo 9.2 “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

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 Orgánica 3/1986 (RCL 1986, 1315), 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” y requiere tan solo como determina el artículo 2.4 que su negativa conste por escrito.

2.2. Aplicación al caso

Estamos ante un acto de información asistencial, aunque en este caso comporte riesgo de muerte, no contemplado en los supuestos del artículo 8.2 de la LBAP ni del artículo 3.1 de la LCIG, y por tanto en los que rige la regla general del artículo 4.1 y 8.1 de la LBAP y del artículo 3.1 de la LCIG, que es la forma verbal con anotación en la historia clínica por lo tanto, si esto se ha hecho así, el centro sanitario presentará la documental correspondiente a la historia clínica y se presume *iuris tantum* que el facultativo o facultativos en este caso han cumplido con su deber de información con los requisitos que hemos visto estipulados en la ley, es decir le han informado en términos comprensibles que, padece una patología que puede llevarla a la muerte si no se trata, así mismo tendría que constar que se le ha informado de las diferentes alternativas terapéuticas en este caso cirugía o embolectomía con sus riesgos y posibles complicaciones y la paciente y sus médicos deberían haber llegado a la conclusión de que la embolectomía es el procedimiento más aconsejable.

Pero esto en este supuesto no es así pues se dice que “Ambos (médicos) deciden que la embolización es la mejor opción, pero como es fin de semana y no tienen camas le dan el alta, pendiente de llamarla para realizar el procedimiento”, dándose a entender que la decisión del procedimiento elegido y de darle el alta a la paciente fue exclusivamente del equipo médico, conducta más propia de un modelo paternalista que del modelo presidido por el principio de la autonomía de la voluntad del paciente que rige nuestro sistema sanitario actual.

Otra posibilidad es que los facultativos no hayan hecho las anotaciones pertinentes en la historia clínica. Demostrar entonces que se ha cumplido con el deber de informar con la características que hemos señalado resulta difícil, pues es casi increíble que Doña Carmen aceptase el alta médica habiéndole advertido que existía un riesgo alto de que su enfermedad se complicase con sangrado cerebral con posibles secuelas neurológicas e incluso pudiese llegar a la muerte, lo cual podría acreditar la parte demandante con un informe pericial.

También podría ocurrir que la enferma rechazase el tratamiento recomendado, es decir la embolectomía, por no querer someterse a la intervención dados los posibles riesgos y complicaciones de dicho procedimiento y que prefiriera tomarse un tiempo de reflexión mientras esperaba a que la llamasen, como hemos visto los artículos 2.4 y 8.1 de la LBAP la acreditan para rechazar cualquier intervención, aunque eso suponga su muerte. En este caso como hemos mencionado sería necesario que su negativa constase por escrito en su historia clínica, pero hemos de decir que no hay ningún indicio en el caso que nos lleve a esta conclusión.

Finalmente añadimos que para el tratamiento de embolectomía al tratarse de un procedimiento terapéutico invasor que puede generar importantes efectos negativos sobre la salud de la enferma se aplicaría el artículo 8.2 de la LBAP y por tanto sería preceptiva la obtención del consentimiento por escrito no siendo válido en este sentido el consentimiento prestado sobre documentos tipo impresos en los que no se reflejan las particularidades del caso concreto. Además, tal y como hemos visto se requiere un lapso de tiempo adecuado a cada caso que permita la valoración por parte del paciente de la información recibida.

IV Cuestión segunda

1. ¿Contra quién emprendería acciones legales?; ¿podría imputarle algún ilícito? En caso afirmativo, ¿cuál o cuáles?

Antes de iniciar ningún procedimiento solicitaría el acceso a la historia clínica de la paciente a fin de concretar las anotaciones referentes a la información administrada en urgencias y las condiciones de su alta médica.

Una vez revisada la historia, emprendería acciones penales contra los dos facultativos que dieron el alta a la paciente fallecida, el doctor Fandiño y el doctor Seco, imputándoles un delito de homicidio imprudente del artículo 142.1 del CP agravado por tratarse de una imprudencia profesional, solicitando la responsabilidad civil derivada del delito a la Administración, si el proceso penal no nos resultase favorable solicitaría una reclamación patrimonial a la Administración sanitaria que de resultar desestimatoria abriría la vía judicial, presentando entonces un recurso contencioso administrativo alegando el mal funcionamiento de los servicios públicos como generador de un daño que el perjudicado no tenía obligación de soportar.

1.1. Consideraciones jurídicas

1.1.1. Acceso a la historia clínica

El artículo 18.1 de la LBAP como también el 19.1 de la LCIG establecen que el paciente tiene el derecho de acceso a su historia clínica con las excepciones del artículo 18.3 de la LBAP y 19.4 de la LCIG con respecto a datos que afecten al derecho de confidencialidad de terceras personas y anotaciones subjetivas de los profesionales sanitarios.

En el caso de los pacientes fallecidos el artículo 18.4 de la LBAP estipula que, “los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual solo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros”.

1.1.2. Delito de homicidio imprudente. Elementos del tipo

Según el artículo 12 del CP “Las acciones u omisiones imprudentes solamente se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley” se trata por tanto de una lista de delitos cerrada, numerus clausus.

Se tipifica el homicidio por imprudencia grave en el artículo 142.1 del CP que dice “el que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de uno a cuatro años”.

Para que exista imprudencia el riesgo debe ser previsible y evitable pero su elemento nuclear es la infracción del deber de cuidado, constituyendo éste el baremo con el que se ha de comparar la conducta del supuesto infractor de modo que si esa conducta no se ajusta a dicho baremo se constata la imprudencia. Para apreciar este tipo penal dicha imprudencia ha de ser grave.

Ha de ser también previsible en el sentido que el profesional al realizar su intervención de forma descuidada ha podido prever la posibilidad de producir el resultado, de acuerdo con el

estado de la ciencia, aunque no haya sido querido, es decir sin que haya existido la intención de producirlo.

Si no existe la posibilidad de saber que la conducta entraña el riesgo de producir el daño, no se puede exigir que el sujeto tenga una especial precaución en aras de evitarlo.

Ha de ser evitable, así si se hubiese aplicado la conducta debida aceptada por la comunidad científica, no se hubiese producido el daño.

Pero lo fundamental como hemos dicho es la infracción del deber de cuidado que causa directamente el desenlace fatal.

Para esclarecer este concepto, desde el punto de vista penal en el caso de las actuaciones sanitarias, es necesario acudir a las reglas de cuidado que en el contexto médico se engloban en la “lex artis” de la profesión.

La lex artis no es otra cosa que el conjunto de reglas técnicas de cuidado aprobadas por la comunidad científica y aplicables a una determinada actuación médica, es lo que podríamos considerar el estándar de actuación en cada caso particular de acuerdo con la evidencia científica en cada momento.

Estas reglas de cuidado pueden estar plasmadas en un protocolo médico, que no es más que un documento redactado por un grupo de profesionales constituido con este fin que plasma por escrito las pautas de actuación actualizadas de diagnóstico y tratamiento de una determinada enfermedad. Hay que decir al respecto que, aunque los protocolos son muy útiles en la práctica clínica no han tenido gran repercusión en la vida jurisdiccional como medida de la lex artis.

Quedarían incluidas por tanto no solo las técnicas aceptadas mayoritariamente por la comunidad científica sino también aquellas minoritarias siempre que no sean rechazadas por ésta.

No debemos no obstante confundir deber de cuidado como estándar de correcta actuación que debe ser definido por el juez, con la lex artis que es la regla general de cuidado que compete a la comunidad médica.

Con todo ello podemos decir que una imprudencia en el ámbito penal consiste en la no observancia del deber de cuidado exigible en el desarrollo de una actividad que genera un riesgo previsible y evitable con la final concreción del mismo.

Pero existen numerosos matices que es necesario precisar para poder aplicar la norma. Estos matices se examinan con exhaustividad en la SAP de Gran Canaria de 25 de octubre de 2016 que recoge en su FJ 4 la doctrina jurisprudencial del TS con respecto a la imprudencia y su alcance penal, dice esta sentencia que “[s]e destaca reiterada y pacífica doctrina del TS, de la que un fiel reflejo la sentencia de 27/10/2009 en la que se señala que para que la imprudencia tenga relevancia penal ha de aparecer configurada, de una parte, por la infracción de un deber de cuidado interno (deber subjetivo de cuidado o deber de previsión), que obliga a advertir la presencia de un peligro cognoscible y el índice de su gravedad; y, de otra, por la vulneración de un deber de cuidado externo, (deber objetivo de cuidado), que obliga a comportarse externamente de forma que no se generen riesgos no permitidos, o, en su caso, a actuar de modo que se controlen o neutralicen los riesgos no permitidos creados por terceras personas o por factores ajenos al autor, siempre que el deber de garante de éste le obligue a controlar o neutralizar el riesgo ilícito que se ha desencadenado.”

Vemos aquí dos elementos muy importantes exigibles para concretar este tipo penal: de un lado el deber de cuidado interno por el cual el profesional ha de tener los conocimientos necesarios para predecir el riesgo generado y su gravedad y de otro el deber de cuidado

externo al que le obliga su posición de garante, existe obligación exigible de actuación evitando dichos riesgos.

A estos requisitos, prosigue el tribunal, “ha de sumarse, en los comportamientos activos, el nexo causal entre la acción imprudente y el resultado, (vínculo naturalístico u ontológico), y la imputación objetiva del resultado a la conducta imprudente, de forma que el riesgo no permitido generado por ésta sea el que se materialice en el resultado, (vínculo normativo o axiológico). Y en los comportamientos omisivos habrá de operarse con el criterio hipotético de imputación centrado en dilucidar si la conducta omitida habría evitado, con una probabilidad rayana en la certeza, la lesión o el menoscabo del bien jurídico que tutela la norma penal.”, en otras palabras debe existir causalidad directa entre la acción u omisión y el resultado dañino final sin que dicho resultado pueda imputarse a factores externos a la conducta negligente del profesional, prosigue la sentencia que “para justificar un reproche de carácter penal o punitivo se requiere que el resultado final típico sea consecuencia directa, material y eficiente de esa negligencia, sin que incidan de forma relevante otros factores ajenos a la conducta del actuante que puedan desplazar las eventuales responsabilidades fuera del ámbito penal”.

Concretando aún más los requisitos requeridos “para la punición de las conductas culposas” señala el tribunal que son necesarios:

“1°.- Una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa, o sea, que se halle ausente en ellas todo dolo directo o eventual.

2°.- Actuación negligente o reprochable por falta de previsión, más o menos relevante, factor psicológico o subjetivo, eje o nervio de la conducta imprudente en cuanto propiciador del riesgo, al marginarse la racional presencia de las consecuencias nocivas de la acción u omisión empeñadas, siempre previsibles, prevenibles JURISPRUDENCIA 6 y evitables, elemento de raigambre anímica no homogeneizable y, por lo mismo, susceptible de apreciarse en una gradación diferenciadora.

3°.- Factor normativo o externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, traducido en normas convivenciales y experienciales tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios a terceros, o en normas específicas, reguladoras o de buen gobierno de determinadas actividades, que, por fuerza de su incidencia social, han merecido una normativa reglamentaria o de otra índole, en cuyo escrupuloso cumplimiento cifra la comunidad la conjuración del peligro dimanante de las dedicaciones referidas; hallándose en la violación de tales principios o normas socioculturales o legales, la raíz del elemento de antijuridicidad detectable en las conductas culposas o imprudentes, al provocarse la violación de las susodichas normas, exigentes en el deber de actuar de una forma determinada erigida en regla rectora de un sector actuacional.

4°.- Originación de un daño, temido evento mutatorio o alterador de situaciones preexistentes.

5°.- Adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado e inobservante, desatador del riesgo, y del "damnum" o mal sobrevenido, lo que en definitiva supone la traducción del peligro potencial entrevisto o podido prever en una consecuencia real, en un efectivo resultado lesivo. (ss. T.S. 22 de abril de 1986, 25 de marzo de 1988 y la de 12 de noviembre 1990)”.

En la citada sentencia se pone de manifiesto además que la doctrina científica ha enriquecido estos requisitos con alusiones a la “tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad” así menciona que “dentro de una concepción normativa de la culpa, su núcleo esencial está en la infracción del deber de cuidado que es exigible personalmente a un sujeto”

“La existencia de tal deber de cuidado, para que tenga relevancia jurídico- penal, debe reflejarse en una norma objetiva de cuidado, sin la cual el delito imprudente no existe”

“La infracción del deber de cuidado debe producir un resultado lesivo, objetivamente constitutivo de un delito de los tipificados en el Código Penal, y ser la culminación de la ejecución del hecho típico y antijurídico, pero, además, debe poder ser imputado material y objetivamente a la conducta y subjetivamente al autor”. Hay que puntualizar además que “en lo que se refiere al aspecto subjetivo, la atribución del resultado exige que éste se haya producido como consecuencia de la falta del cuidado, de tal modo que, si la inobservancia de ese cuidado, por ser ineficaz o inútil, no infringe ningún deber, no se puede reprochar lo producido, es decir, no existe relación de culpabilidad entre el resultado y el hecho inicial cuando el deber de cuidado no cumple una finalidad de protección de bienes jurídicos”. Dentro de la misma vertiente subjetiva de atribución del resultado en los delitos imprudentes, es necesaria la concurrencia del elemento intelectual de la previsibilidad y del elemento técnico de la evitabilidad. La previsibilidad implica que el sujeto puede representarse de forma anticipada el resultado futuro” “La evitabilidad hace referencia a la posibilidad de evitar dicho resultado, lo que debe medirse tanto con las referencias técnicas relativas a lo que el sujeto era capaz de hacer en razón a sus conocimientos, como en atención a criterios de exigibilidad de la conducta”

“Por lo que se refiere a la atribución objetiva del resultado, viene dada por el llamado nexo o relación de causalidad, que necesariamente debe existir entre la conducta inicial, infractora del deber de cuidado, y el resultado lesivo”

“Por lo que se refiere a la atribución objetiva del resultado, viene dada por el llamado nexo o relación de causalidad, que necesariamente debe existir entre la conducta inicial, infractora del deber de cuidado, y el resultado lesivo”

“Hoy día, la teoría imperante que pretende resolver el problema de determinar cuando un comportamiento activo u omisivo es causa de un resultado, es la llamada Teoría de la Imputación Objetiva” “Se entiende, como principio general de imputación objetiva, el que la acción humana haya creado un riesgo jurídicamente desvalorado, y éste se haya realizado en el resultado”

“Por último, ha de computarse también la importancia o el valor del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente: cuanto mayor valor tenga el bien jurídico amenazado menor será el nivel de riesgo permitido y mayores las exigencias del deber de cuidado.”

Con respecto a la imprudencia médica dicha sentencia señala que “y, respecto de la imprudencia médica la ya clásica STS de 5 de julio de 1989 nos enseña que "existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido, hay que recordar lo siguiente: 1ª. Que por regla general, el error de diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable. 2ª. Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional. 3ª. Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones censurables. Por ello, y expresando la jurisprudencia una vez más la alta consideración que la ciencia y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas,

naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la "lex artis" conduzcan a resultados lesivos para las personas”.

“En conclusión, aplicando estas consideraciones generales al concreto tema de la imprudencia médica, el estado actual de la jurisprudencia podemos resumirlo en las siguientes consideraciones: a) La no incriminación de la imprudencia en función de un error científico o del diagnóstico equivocado, cuando se hayan cumplido en el reconocimiento las de la lex artis, salvo cuando por su propia categoría y entidad cualitativa o cuantitativa resultan de extraordinaria gravedad. b) La imprudencia ha de medirse desde la perspectiva del médico normal. c) La determinación de la responsabilidad médica debe hacerse en contemplación de las circunstancias concretas del caso sometido a enjuiciamiento. d) La imprudencia nace cuando el tratamiento médico y quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y omisión de los cuidados exigibles, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas y naturaleza de la lesión o enfermedad que olvidando la lex artis conduzca a resultados lesivos”.

1.1.2.1. Imprudencia profesional

El artículo 142.1 estipula que “si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de tres a seis años”.

Hemos de señalar que el mero hecho de que intervenga un profesional y que se produzca el fallecimiento de una persona no determina “per se” que exista una imprudencia profesional tipificada en el 142.1 y que supone una pena agravada.

Es preciso que la imprudencia alcance las más elementales reglas de cuidado exigibles a una persona en la ejecución de su actividad profesional.

Así en SAPGC de 25 de octubre d 2016 en su FJ 7 en relación a un error diagnóstico que hizo que el demandante perdiese un testículo el tribunal consideró que “ se entiende por esta Sala que la imprudencia y responsabilidad del facultativo resulta clara, pero sin alcanzar el nivel de gravedad dado en la sentencia, quedando relegada a ese nivel inferior de gravedad que ahora por el Código penal se denomina menos grave” y en su FJ 8 concluye que “procede ahora dejar sin efecto la pena de privación de libertad e inhabilitaciones especiales impuestas, en especial la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, (este plus punitivo, como se ha dicho, no se contempla expresamente para la imprudencia menos grave cometida por un profesional)”.

1.1.2.2. Responsabilidad civil derivada del delito

El artículo 109 del CP determina que todo hecho constitutivo de delito obligue a la reparación del daño o perjuicio causado. El alcance de esta reparación se estipula en el artículo 110 que aclara que comprende la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales. Dicha indemnización comprende según el artículo 113 no solo los perjuicios que se hubieran causado al agraviado sino también los que hubieren irrogado a sus familiares o a terceros. La cuantía exacta de la indemnización debe ser establecida por los jueces o tribunales al declarar la existencia de responsabilidad civil, estableciendo razonadamente en sus resoluciones las bases en que fundamentan dicha cantidad, como se establece en el artículo 115 del CP.

En la práctica la tanto las víctimas como los jueces y tribunales han optado por establecer el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en los accidentes de circulación que en la actualidad se rige por la ley 35/2015, de 22 de septiembre sobre la que

profundizaremos más tarde, como el parámetro de referencia para el cálculo de la indemnización por daños materiales, quedando a discreción del tribunal la que compete a los daños morales que se sumaría a la anterior. Podemos citar aquí la SAP de Salamanca de 7 de abril de 2014, que en su FJ 4 establece con motivo de un recurso de apelación en relación a la indemnización por daños sufridos a consecuencia de un delito de lesiones que :” en cuanto a la indemnización por responsabilidad civil por daños morales, hemos de indicar que dicha indemnización también resulta correcta a juicio esta Sala, ya que la aplicación del baremo de las indemnizaciones básicas por lesiones permanentes en accidentes de circulación se lleva a cabo en supuestos como el presente tan sólo de manera analógica, constando en autos que en el presente caso la intervención objeto de juicio ha llevado consigo situaciones de angustia, y desasosiego por haberse sentido la paciente impotente al no respetarse su autonomía de decidir sobre su propio cuerpo, con el consiguiente trato desconsiderado que sufrió, situaciones que, sin necesidad de más pruebas en concreto y sobre la base del artículo 386 LEC de aplicación subsidiaria para la prueba de la acción civil derivada de todo delito regulada en el artículo 113 CP , es correcto valorar en la cantidad de 2000 # como se ha hecho en la sentencia impugnada”

Por último decir que en los casos de delitos cometidos por el personal sanitario de la Administración en el desempeño de sus funciones, la responsabilidad civil del ilícito recaerá sobre dicha Administración pues así lo establece el artículo 121 del CP que dice: “el Estado, la Comunidad Autónoma, la provincia, la isla, el municipio y demás entes públicos, según los casos, responden subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo, y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria”.

1.1.2.3. Reclamación administrativa

Esta reclamación ha de basarse en el artículo 32.1 de la LRJSP: “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley” y debe de cumplir con los requisitos del artículo 67.2 de la LPAC “ se deberán especificar las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”.

La STSJ de Madrid de 9 de diciembre de 2016 establece también los criterios que debe cumplir la reclamación patrimonial para ser estimada así dice que “para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de

causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido” por otro lado en la citada sentencia se hace referencia a la sentencia de 13 de noviembre de 1999 en la que se estipula en relación a dicho nexo causal que: “aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla”.

“En reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias , la jurisprudencia viene declarando que " no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente” por otro lado también explica la sentencia que “ la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis* (...)”.

La reclamación debe plantearse en los términos que permitan acudir a la vía contencioso administrativa posteriormente ,es decir, el objeto del procedimiento administrativo inicial ha de ser el mismo que el del recurso contencioso administrativo posterior pues así se ha manifestado la jurisprudencia podemos citar aquí la STSJ de Madrid de 2007 que en su FJ 4 dice que: “la interposición de un recurso Contencioso-Administrativo, a diferencia que una demanda civil, exige la existencia de una actividad administrativa previa impugnada producida en vía administrativa cuya conformidad ó disconformidad a derecho es lo que se debate en el recurso contencioso, no bastando -a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil- con solicitar en la demanda y en el escrito de interposición del recurso el pago de determinadas cantidades, sino que para que tal pretensión pueda ser enjuiciada en la jurisdicción Contencioso-Administrativa es preciso que en términos idénticos fuera ejercitada antes en vía administrativa, siendo su desestimación, expresa ó por silencio, realizada por la Administración, el acto que debe de ser recurrido en vía Contencioso-Administrativa, donde además debe de mantenerse la pretensión ejercitada en vía administrativa, tanto en el escrito de interposición del recurso como en el suplico de la demanda, resultando inadmisibles el recurso en caso de no respetarse tal identidad entre lo solicitado en vía administrativa y en el escrito de interposición del recurso Contencioso-

Administrativo, y estando incursas en desviación procesal las demandas cuyos pedimentos se apartan de lo solicitado en el escrito de interposición del recurso”.

Por lo que respecta a la evaluación económica patrimonial el TS ha aplicado hasta la fecha de forma orientativa el baremo previsto en el anexo a la DA 8ª de la Ley 30/1995 de Ordenación y supervisión de los seguros privados a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, como es el sanitario, no teniendo carácter vinculante pero si orientativo en estos casos, así en el FJ1 de la STS de 25 de enero de 2002 en relación a la indemnización por muerte de una paciente de corta edad en un centro dependiente del servicio andaluz de salud “la sala tomando como referencia la indemnización básica por muerte de la normativa propia del seguro, reconoce una indemnización de doce millones de pesetas “.

Por otro lado, en la STC 181/2000 se afirma que el baremo dota al sistema de valoración del daño de una seguridad jurídica imprescindible; en efecto no solo los jueces sino también los perjudicados aluden a dicho criterio en aras de poseer un elemento de referencia para cuantificar en términos monetarios la indemnización por responsabilidad patrimonial.

Hay que precisar también que en la actualidad este baremo ha sido reformado por la entrada en vigor de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación que añade al RDL 8/2004, de 29 de octubre, el título IV acerca de la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Las indemnizaciones por causa de muerte vienen reguladas por la Sección 1 del Capítulo II del Título IV del RDL 8/2004. La tabla 1 contiene tres apartados para valorar los perjuicios de cada uno de los perjudicados, así podemos hablar de perjuicio personal básico, perjuicio personal particular y perjuicio patrimonial.

En cuanto al perjuicio personal básico aparece regulado en los artículos 62 al 67 de la ley 35/2015, de 22 de septiembre, se establecen cinco categorías de perjudicados: el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados. Se identifican también con estas figuras aquellas personas que ocupan la posición de hecho de cualquiera de estos grupos, aunque no pertenezca de derecho a ninguna de esta categoría. La cuantía de la indemnización en caso de muerte, se puede consultar en la tabla 1.A de la citada ley 35/2015, por poner un ejemplo, en el caso de los descendientes se asigna una cantidad a cada hijo en función de su edad que en el tramo correspondiente a 14 a 20 años sería de 80.000 euros, en el tramo de 20 a 30 años descendería a 50.000 euros.

Por lo que respecta al perjuicio personal particular aparece regulado en los artículos 68 a 77 de la citada ley 35/2015, donde se especifican los requisitos que han de cumplir los principales perjuicios particulares de cada perjudicado para aumentar la cuantía especificada en el apartado anterior. Así por ejemplo en el caso del perjuicio particular por fallecimiento del progenitor único aumentaría la indemnización en un 50%, en el caso de hijos hasta 20 años y en un 25% en el caso de hijos mayores de 20 años. Estas condiciones especiales pueden consultarse en la tabla 1.B

Finalmente, en cuanto al perjuicio patrimonial se desarrolla en los artículos 78 al 92 de la citada ley. Se incorporan una serie de gastos sin necesidad de justificación que pueden alcanzar los 400 euros, además de los gastos correspondientes a traslado del fallecido, entierro, funeral y repatriación que precisan ser justificados y otra serie de gastos específicos como es el lucro cesante que viene a significar la pérdida neta de ingresos que sufren aquellos que dependían económicamente del fallecido y que se detallan en función de las diferentes circunstancias de los perjudicados en la tabla 1C. En el caso de los descendientes para unos

ingresos netos de 12.000 euros la cuantía oscila entre 17.796 euros para los descendientes de 18 años y 16.409 euros para los de 20 años.

1.1.2.4. Recurso contencioso administrativo

Para poder presentar una demanda en este orden jurisdiccional es preciso haber ejercitado una reclamación patrimonial previa a la administración así se ha manifestado la jurisprudencia reiteradamente, en la STSJ de Madrid de 2007 y más concretamente en su FJ cuarto dice que “la interposición de un recurso Contencioso-Administrativo, a diferencia que una demanda civil, exige la existencia de una actividad administrativa previa impugnada producida en vía administrativa cuya conformidad ó disconformidad a derecho es lo que se debate en el recurso contencioso, no bastando -a diferencia de lo que ocurre en la jurisdicción civil- con solicitar en la demanda y en el escrito de interposición del recurso el pago de determinadas cantidades, sino que para que tal pretensión pueda ser enjuiciada en la jurisdicción Contencioso-Administrativa es preciso que en términos idénticos fuera ejercitada antes en vía administrativa, siendo su desestimación, expresa ó por silencio, realizada por la Administración, el acto que debe de ser recurrido en vía Contencioso-Administrativa, donde además debe de mantenerse la pretensión ejercitada en vía administrativa, tanto en el escrito de interposición del recurso como en el suplico de la demanda, resultando inadmisibles el recurso en caso de no respetarse tal identidad entre lo solicitado en vía administrativa y en el escrito de interposición del recurso Contencioso-Administrativo, y estando incursas en desviación procesal las demandas cuyos pedimentos se apartan de lo solicitado en el escrito de interposición del recurso”.

Como podemos ver además del requisito de la reclamación administrativa previa es necesario que esta se realice en los mismos términos que aquella pues la estimación o no de la responsabilidad patrimonial se basa en los mismos requisitos que ya hemos visto al hablar de la reclamación administrativa.

1.2. Aplicación al caso

En el caso que nos ocupa es evidente que se cumplen los elementos del artículo 142.1 del CP pues ha ocurrido una omisión voluntaria, entendemos que no maliciosa del tratamiento necesario para la patología que presentaba la enferma, contraviniendo de modo flagrante la *lex artis* del buen médico que exigía el ingreso hospitalario urgente y la realización de embolectomía selectiva lo que puede acreditarse mediante un informe pericial.

Ha existido una actuación negligente y reprochable por falta de previsión de las posibles consecuencias de darle el alta a la paciente, consecuencias que son previsibles, probables y evitables con el tratamiento correcto conforme a la *lex artis*.

Como consecuencia del alta y de la omisión del tratamiento indicado se produce el fallecimiento de la paciente, la relación de causalidad es clara.

Hay que tener en cuenta también la relevancia del bien jurídico amenazado por la conducta imprudente, estamos hablando del derecho a la vida, en este caso el nivel de riesgo permitido es mucho menor y mayores son las exigencias del deber de cuidado.

Podemos concluir utilizando términos jurisprudenciales que, se omitieron los cuidados exigibles, atendidas las circunstancias del lugar tiempo, personas y naturaleza de la enfermedad que olvidando la *lex artis* condujo a un resultado de muerte. Esto en este caso fue así porque la paciente se encontraba en un hospital que ofrece el tratamiento que precisaba fue atendida por los especialistas a quienes compete indicar este tratamiento, pero pese a que los protocolos clínicos obligan al ingreso de la enferma y a realizar un tratamiento preferente

se le dio el alta asumiendo que las consecuencias podían ser fatales como y hemos mencionado.

No solo esto, sino que los facultativos obviaron los cuidados más elementales al no intervenir durante tres semanas por falta de camas en el centro hospitalario.

Por todo ello la imprudencia de estos funcionarios cuando se hallaban en el ejercicio de sus funciones adquiere el carácter de grave siendo de aplicación el agravante de imprudencia profesional.

Dado que el problema de la falta de camas es algo habitual no podemos considerar que nos encontremos ante un factor externo de fuerza mayor inesperado e inusual que obligue a los profesionales a adoptar legítimamente esta actitud.

Debemos recordar que los centros hospitalarios habilitan en condiciones de saturación pasillos y salas de espera a fin de dar cabida a la gran demanda asistencial por tanto la falta de camas siendo algo habitual en el quehacer hospitalario no puede justificar la inobservancia de las más elementales normas del deber de cuidado de la paciente.

Por todo ello emprendería acciones penales contra los doctores Seco y Fandiño por un delito de homicidio imprudente del 142.1 del CP agravado con la calificación de imprudencia profesional.

Solicitaría asimismo la responsabilidad civil derivada del delito a la Administración sanitaria de acuerdo con el artículo 121 del CP ya citado pues considero que la posible indemnización es mayor que la que podría obtener por la vía de responsabilidad patrimonial dado que se ha producido una clara infracción del deber de cuidado exigible a los profesionales sanitarios produciendo un daño irreparable, la muerte que los perjudicados no tenía la obligación de soportar.

En el supuesto de que el proceso penal nos resultase desfavorable iniciaría la vía de reclamación patrimonial que ya he citado alegando mal funcionamiento de los servicios públicos y en caso de desestimarse mi petición o no se respondiese por parte de la Administración iniciaría una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa. El procedimiento concreto se tratará en el siguiente punto a desarrollar.

2. ¿Ante qué tribunal?, ¿mediante qué procedimiento?

2.1 Consideraciones jurídicas

2.1.1 Demanda penal. Jurisdicción y competencia de los tribunales

El artículo 23.1 de la LOPJ dice que “en el orden penal corresponderá a la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español”.

Por lo que respecta a la competencia objetiva y territorial el artículo 14.2 establece que “Para la instrucción de las causas, el Juez de Instrucción del partido en que el delito se hubiere cometido, o el Juez de Violencia sobre la Mujer, o el Juez Central de Instrucción respecto de los delitos que la Ley determine” y el artículo 14.3 dice que “Para el conocimiento y fallo de las causas por delitos a los que la Ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años o pena de multa cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por delitos leves, sean o no incidentales, imputables a los autores de estos delitos o a otras personas, cuando la comisión del delito leve o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos, el Juez de lo Penal de la circunscripción donde el delito fue cometido” en el caso de que las penas privativas de libertad superen los 5 años el artículo

citado en su punto 4 establece que será competente con las excepciones estipuladas en la ley, la audiencia provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido.

En definitiva, el enjuiciamiento de los delitos tipificados en nuestro CP corresponde según hemos visto a la jurisdicción penal.

La competencia objetiva en los delitos con penas privativas de libertad superiores a 5 años corresponderá a los juzgados de lo penal y si esa pena es superior a la audiencia provincial siempre del lugar de comisión del delito, pues la regla del “forum delicti comisi” rige la competencia territorial en este orden jurisdiccional con las excepciones que pudiera establecer la ley.

Por supuesto la instrucción de los delitos se realiza en los juzgados de instrucción, como hemos visto correspondientes al partido judicial donde se ha cometido el ilícito.

2.1.2 Procedimiento penal

El artículo 37.1 de la LRJSP establece que “La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente”.

Así el artículo 757 de la Lecrim establece que “Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título” procedimiento abreviado,” se aplicará al enjuiciamiento de los delitos castigados con pena privativa de libertad no superior a nueve años, o bien con cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración”.

El proceso penal se inicia de oficio, por denuncia o por querrela criminal, en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se inicia habitualmente mediante una querrela que debe cumplir con los requisitos formales establecidos en la Lecrim, y según el artículo 272 “la querrela se interpondrá ante el Juez de instrucción competente” Según el artículo 277 “La querrela se presentará siempre por medio de Procurador con poder bastante y suscrita por Letrado. Se extenderá en papel de oficio, y en ella se expresará: 1.º El Juez o Tribunal ante quien se presente. 2.º El nombre, apellidos y vecindad del querellante. 3.º El nombre, apellidos y vecindad del querrellado. En el caso de ignorarse estas circunstancias, se deberá hacer la designación del querrellado por las señas que mejor pudieran darle a conocer. 4.º La relación circunstanciada del hecho, con expresión del lugar, año, mes, día y hora en que se ejecutó, si se supieren. 5.º Expresión de las diligencias que se deberán practicar para la comprobación del hecho. 6.º La petición de que se admita la querrela, se practiquen las diligencias indicadas en el número anterior, se proceda a la detención y prisión del presunto culpable o a exigirle la fianza de libertad provisional, y se acuerde el embargo de sus bienes en la cantidad necesaria en los casos en que así proceda. 7.º La firma del querellante o la de otra persona a su ruego si no supiere o no pudiese firmar cuando el Procurador no tuviese poder especial para formular la querrela”.

Una vez incoado el procedimiento se procederá a la práctica de las diligencias de investigación reguladas en el artículo 774 de la Lecrim que dice que “todas las actuaciones judiciales relativas a delitos de los comprendidos en este Título se registrarán como diligencias previas y les será de aplicación lo dispuesto en los artículos 301 y 302” según el artículo 777.1 “El Juez ordenará a la Policía Judicial o practicará por sí las diligencias necesarias encaminadas a determinar la naturaleza y circunstancias del hecho, las personas que en él hayan participado y el órgano competente para el enjuiciamiento, dando cuenta al Ministerio Fiscal de su incoación y de los hechos que la determinen. Se emplearán para ello

los medios comunes y ordinarios que establece esta Ley, con las modificaciones establecidas en el presente Título”

Practicadas las diligencias de investigación el juez adoptará mediante auto alguna de las siguientes resoluciones que según el artículo 779.1 son: “1.ª Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda. Si, aun estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento provisional y ordenará el archivo. 2.ª Si reputare falta el hecho que hubiere dado lugar a la formación de las diligencias, mandará remitir lo actuado al Juez competente, cuando no le corresponda su enjuiciamiento. 3.ª Si el hecho estuviese atribuido a la jurisdicción militar, se inhibirá a favor del órgano competente. Si todos los investigados fuesen menores de edad penal, se dará traslado de lo actuado al Fiscal de Menores para que inicie los trámites de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor. 4.ª Si el hecho constituyera delito comprendido en el artículo 757, seguirá el procedimiento ordenado en el capítulo siguiente. Esta decisión, que contendrá la determinación de los hechos punibles y la identificación de la persona a la que se le imputan, no podrá adoptarse sin haber tomado declaración a aquélla en los términos previstos en el artículo 775. 5.ª Si, en cualquier momento anterior, el investigado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y estos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801”

Si el juez dicta un auto de continuación de las actuaciones como procedimiento abreviado se dará traslado a las partes para que presenten los escritos de calificación, que se presentan en dicho juzgado de instrucción. Así el artículo 780.1 dice que “ Si el Juez de Instrucción acordare que debe seguirse el trámite establecido en este capítulo, en la misma resolución ordenará que se dé traslado de las diligencias previas, originales o mediante fotocopia, al Ministerio Fiscal y a las acusaciones personadas, para que, en el plazo común de diez días, soliciten la apertura del juicio oral formulando escrito de acusación o el sobreseimiento de la causa o, excepcionalmente, la práctica de diligencias complementarias”.

Artículo 781. 1. El escrito de acusación comprenderá, además de la solicitud de apertura del juicio oral ante el órgano que se estime competente y de la identificación de la persona o personas contra las que se dirige la acusación, los extremos a que se refiere el artículo 650”

Artículo 783. 1. Solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez de Instrucción la acordará, salvo que estimare que concurre el supuesto del número 2 del artículo 637 o que no existen indicios racionales de criminalidad contra el acusado, en cuyo caso acordará el sobreseimiento que corresponda conforme a los artículos 637 y 641.

Artículo 784. 1. Abierto el juicio oral, el Secretario judicial emplazará al encausado, con entrega de copia de los escritos de acusación, para que en el plazo de tres días comparezca en la causa con Abogado que le defienda y Procurador que le represente. Si no ejercitase su derecho a designar Procurador o a solicitar uno de oficio, el Secretario judicial interesará, en todo caso, su nombramiento. Cumplido ese trámite, el Secretario judicial dará traslado de las actuaciones originales, o mediante fotocopia, a los designados como acusados y terceros responsables en los escritos de acusación, para que en plazo común de diez días presenten escrito de defensa frente a las acusaciones formuladas.

Artículo 785. 1. En cuanto las actuaciones se encontraren a disposición del órgano competente para el enjuiciamiento, el Juez o Tribunal examinará las pruebas propuestas e inmediatamente dictará auto admitiendo las que considere pertinentes y rechazando las demás, y prevendrá lo necesario para la práctica de la prueba anticipada

Tras este auto de admisión o denegación de las pruebas

Artículo 785.2. A la vista de este auto, el Secretario judicial establecerá el día y hora en que deban comenzar las sesiones del juicio oral con sujeción a lo establecido al artículo 182 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 786. 1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor

Artículo 788. 1. La práctica de la prueba se realizará concentradamente, en las sesiones consecutivas que sean necesarias

Artículo 789. 1. La sentencia se dictará dentro de los cinco días siguientes a la finalización del juicio oral. 2. El Juez de lo Penal podrá dictar sentencia oralmente en el acto del juicio, documentándose en el acta con expresión del fallo y una sucinta motivación, sin perjuicio de la ulterior redacción de aquélla. Si el Fiscal y las partes, conocido el fallo, expresasen su decisión de no recurrir, el Juez, en el mismo acto, declarará la firmeza de la sentencia, y se pronunciará, previa audiencia de las partes, sobre la suspensión o la sustitución de la pena impuesta.

Artículo 790. 1. La sentencia dictada por el Juez de lo Penal es apelable ante la Audiencia Provincial correspondiente

Artículo 794. Tan pronto como sea firme la sentencia, se procederá a su ejecución por el Juez o por la Audiencia que la hubiere dictado, conforme a las disposiciones generales de la Ley”.

2.1.3 Reclamación administrativa. Competencia

El artículo 92 de la LPAC especifica que la “competencia para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En el ámbito de la Administración General del Estado, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por el Ministro respectivo o por el Consejo de Ministros en los casos del artículo 32.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público o cuando una ley así lo disponga. En el ámbito autonómico y local, los procedimientos de responsabilidad patrimonial se resolverán por los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas o de las Entidades que integran la Administración Local. En el caso de las Entidades de Derecho Público, las normas que determinen su régimen jurídico podrán establecer los órganos a quien corresponde la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. En su defecto, se aplicarán las normas previstas en este artículo”.

Por tanto, a nivel autonómico una reclamación patrimonial en el ámbito sanitario debe dirigirse al Excmo. Sr. Consejero de sanidad de la comunidad autónoma en cuestión.

2.1.4 Procedimiento de responsabilidad patrimonial en caso de negligencia médica

Antes de describir el procedimiento concreto conviene puntualizar que en los supuestos de negligencia médica puede darse el caso de que los perjudicados entablen acciones penales contra los profesionales implicados, solicitando la responsabilidad civil derivada del ilícito penal y si el resultado en el orden penal (nada extraño en la práctica judicial en este tipo de casos) les es desfavorable reclamen administrativamente una indemnización por responsabilidad patrimonial. En este supuesto puede ser controvertido el plazo de que se

dispone para plantear la acción indemnizatoria, teniendo en cuenta además que el artículo 37.2 de la LRJSP establece que: “la exigencia de responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas no suspenderá los procedimientos de reconocimiento de responsabilidad patrimonial que se instruyan, salvo que la determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”. Podría suceder que una vez concluidas las actuaciones penales haya prescrito la acción para reclamar vía administrativa. En estos casos la jurisprudencia ha optado, con buen criterio a mi juicio, por la interrupción del plazo de prescripción de la reclamación patrimonial pues para que se inicie el plazo de prescripción es preciso delimitar el alcance de la lesión en el patrimonio del actor y para ello es preciso dirimir el daño y la ilegitimidad del mismo, así lo ha manifestado la STS de 23 de enero de 2001 en su FJ 3 cuando expuso que: “ la eficacia interruptiva de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa debe reconocerse en aplicación de la doctrina sentada por la jurisprudencia consistente en que el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos –que tiene su origen en la aceptación por este Tribunal (sentencias de la Sala Tercera de 19 septiembre 1989 , 4 julio 1990 y 21 enero 1991) del principio de «actio nata» (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad–, de tal suerte que la pendency de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año” y en su fundamento jurídico cuarto dicha sentencia puntualiza que: “por ello parece imponerse la interpretación de que cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendency el proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal.” El cómputo para el plazo de prescripción en estos casos se iniciaría en el momento en que se notifica a la parte la resolución que ponga fin al proceso penal, así lo han establecido las SSTS de 21 de marzo de 2000 en su FJ tercero y de 25 de enero de 2002 en su FJ primero. Si existiesen dudas acerca de tal fecha según el FJ 1 de la STS 25 enero 2002, será la parte demandada la que debe probar que la notificación se hizo en plazo.

El procedimiento para la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria puede por tanto iniciarse como única vía de resarcimiento por el daño sufrido o puede ejercitarse con posterioridad a un proceso penal no condenatorio, no siendo posible obtener una doble indemnización por los mismos hechos y perjuicios.

Por lo que respecta a la prescripción de la acción para reclamar el artículo 67 de la LPAC dice que; “ el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo”, no obstante la jurisprudencia ha matizado este período en el sentido de flexibilizar el plazo a favor del perjudicado de tal forma que la STS de 24 de marzo de 2002 afirma en su FJ 1 que: “este Tribunal en S. 22-3-1985 (RJ 1985\1197) declaró que « la prescripción como limitación al ejercicio tardío de los derechos, en beneficio de la seguridad jurídica, excluye una interpretación rigorista por tratarse de una

institución que, por no hallarse fundada en la justicia intrínseca, debe merecer un tratamiento restrictivo ». Esta corriente antiformalista ha sido también seguida por esta Sala, que viene admitiendo, en relación con el plazo de prescripción, que no puede ser entendido y aplicado en forma tan absoluta que no permita ponderadas y racionales interrupciones”, de aquí se deduce que en la práctica es plazo pueda ser mayor en especial cuando “existan dudas en las fechas del cómputo de los plazos o cuando han existido negociaciones previas entre las partes.”⁹

Dicho esto, vamos a delimitar someramente las fases del procedimiento administrativo común indicando las peculiaridades que presenta en los casos de reclamación patrimonial de la Administración sanitaria.

Fase de iniciación:

La reclamación administrativa puede iniciarse de oficio o a instancia de los interesados como indica el artículo 54 de la LPAC, teniendo en cuenta que el concepto de interesado se define en el artículo 4.1: “se consideran interesados en el procedimiento administrativo: a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte”.

“Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, bien por propia iniciativa o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos o por denuncia” según el artículo 58 y según el artículo 61.4: “en los procedimientos de responsabilidad patrimonial, la petición deberá individualizar la lesión producida en una persona o grupo de personas, su relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, su evaluación económica si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo”

En los casos de iniciación por un interesado las solicitudes formuladas deberán contener según el artículo 66.1: “ a) nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente. b) Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación. Adicionalmente, los interesados podrán aportar su dirección de correo electrónico y/o dispositivo electrónico con el fin de que las Administraciones Públicas les avisen del envío o puesta a disposición de la notificación. c) Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud. d) Lugar y fecha. e) Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio. f) Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación”. Además de estos datos en los casos de responsabilidad patrimonial según el artículo 67.2 deberá constar: “ las lesiones producidas, la presunta relación de causalidad entre éstas y el funcionamiento del servicio público, la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, si fuera posible, y el momento en que la lesión efectivamente se produjo, e irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”

Fase de instrucción

Aparece delimitada en el capítulo IV estableciéndose en el artículo 75: “los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los hechos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán de oficio y a través de

⁹ GALLARDO CASTILLO, M. J., Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma, Tecnos, Madrid, 2016, p. 387.

medios electrónicos, por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legal o reglamentariamente establecidos”. En esta fase según el artículo 76: “los interesados podrán, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio” también se podrá proponer la prueba ,el instructor del procedimiento puede abrir un período para proponer las pruebas pertinentes cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija, así consta en el artículo 77.2, se podrán también solicitar informes es esta fase que no serán vinculantes, en el caso de responsabilidad patrimonial según el artículo 81.1: “será preceptivo solicitar informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable, no pudiendo exceder de diez días el plazo de su emisión. 2. Cuando las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros o a la que se establezca en la correspondiente legislación autonómica, así como en aquellos casos que disponga la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, será preceptivo solicitar dictamen del Consejo de Estado o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”. Instruido el procedimiento se concederá un trámite de audiencia a los interesados que en el caso de responsabilidad patrimonial será anterior a la solicitud del artículo 81.2.

Fase de finalización

Según el artículo 84: “1. pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico, y la declaración de caducidad. 2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso.” El artículo 86.1 habla de terminación convencional en este caso: “las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.” En el caso de responsabilidad patrimonial el punto 5 especifica que: “el acuerdo alcanzado entre las partes deberá fijar la cuantía y modo de indemnización de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla establece el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público”

Fase de resolución

Según el artículo 88.1: “la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo” dicha resolución deberá contener según el punto 3: “ la decisión, que será motivada en los casos a que se refiere el artículo 35. Expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.” En los casos de responsabilidad patrimonial el artículo 91.2 confiere además de los requisitos señalados que: “la resolución se pronuncie sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado, la cuantía y el modo de la indemnización, cuando proceda, de acuerdo con los criterios que para calcularla y abonarla se establecen en

el artículo 34 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. 3. Transcurridos seis meses desde que se inició el procedimiento sin que haya recaído y se notifique resolución expresa o, en su caso, se haya formalizado el acuerdo, podrá entenderse que la resolución es contraria a la indemnización del particular”.

Existe también un procedimiento simplificado para aquellos casos del artículo 96.1: “cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen, las Administraciones Públicas podrán acordar, de oficio o a solicitud del interesado, la tramitación simplificada del procedimiento.” En los casos de responsabilidad patrimonial y según el artículo 96.4: “en el caso de procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, si una vez iniciado el procedimiento administrativo el órgano competente para su tramitación considera inequívoca la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión, así como la valoración del daño y el cálculo de la cuantía de la indemnización, podrá acordar de oficio la suspensión del procedimiento general y la iniciación de un procedimiento simplificado” según el artículo 96.6: “salvo que reste menos para su tramitación ordinaria, los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar desde el siguiente al que se notifique al interesado el acuerdo de tramitación simplificada del procedimiento, y constarán únicamente de los siguientes trámites: a) Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado. b) Subsanción de la solicitud presentada, en su caso. c) Alegaciones formuladas al inicio del procedimiento durante el plazo de cinco días. d) Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado. e) Informe del servicio jurídico, cuando éste sea preceptivo. f) Informe del Consejo General del Poder Judicial, cuando éste sea preceptivo. g) Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el Dictamen al Consejo de Estado, u órgano equivalente, hasta que éste sea emitido, se producirá la suspensión automática del plazo para resolver... h) Resolución.”

Es importante destacar que de seguirse el procedimiento por la tramitación simplificada el silencio es negativo a los 30 días(que no un mes) a contar desde el siguiente al que se le notifique el acuerdo de tramitación simplificada art 96.6 LPAC ¿?

Finalmente hay que decir que el procedimiento para exigir la responsabilidad de los profesionales al servicio de la Administración por dolo, culpa o negligencia graves se detalla en el artículo 36.2 de la LRJSP que dice: “la Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio en vía administrativa 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 correspondiente procedimiento. Para la exigencia de dicha responsabilidad y, en su caso, para su cuantificación, se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones públicas y su relación con la producción del resultado dañoso. 3. Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves. 4. El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad al que se refieren los apartados 2 y 3, se sustanciará conforme a lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y se iniciará por acuerdo del órgano competente que se notificará a los interesados y que constará, al menos, de los siguientes trámites: a) Alegaciones durante un plazo de quince días. b) Práctica de las

pruebas admitidas y cualesquiera otras que el órgano competente estime oportunas durante un plazo de quince días. c) Audiencia durante un plazo de diez días. d) Formulación de la propuesta de resolución en un plazo de cinco días a contar desde la finalización del trámite de audiencia. e) Resolución por el órgano competente en el plazo de cinco días. 5. La resolución declaratoria de responsabilidad pondrá fin a la vía administrativa. 6. Lo dispuesto en los apartados anteriores, se entenderá sin perjuicio de pasar, si procede, el tanto de culpa a los Tribunales competentes.”

2.1.5 Orden contencioso administrativo. Jurisdicción y competencia de los tribunales

Ante el fallecimiento de un paciente con ocasión de una prestación de un servicio sanitario en un centro médico lo primero que hay que diferenciar es si dicho centro pertenece al sistema público de salud o a un ente privado, pues esto determina el orden jurisdiccional para la reclamación de la responsabilidad. Si estamos ante un caso acontecido con ocasión de la prestación de un servicio público, como lo es la prestación de asistencia sanitaria, la reclamación debe dirimirse en el contexto del derecho administrativo, así lo establece la DA 13^a.1 de la LRJSP al afirmar que “A las Entidades gestoras, servicios comunes y otros organismos o entidades que conforme a la Ley integran la Administración de la Seguridad Social, les será de aplicación las previsiones de esta Ley relativas a los organismos autónomos”.

También el artículo 9.4 de la LOPJ dice que “los juzgados del orden contencioso administrativo conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive.”

En la misma línea el artículo 2.e de la LJCA dice que “El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con... la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquellas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.” La actividad desarrollada por la Administración en este contexto se deriva de actuaciones extracontractuales con los ciudadanos en la prestación de un servicio público.

La responsabilidad es extracontractual porque no existe un acuerdo entre el médico y el paciente que determine un contrato bilateral oneroso y con obligaciones recíprocas como existe en la medicina privada ámbito en el que la responsabilidad se dirime en el contexto de la jurisdicción civil.

La principal diferencia entre la responsabilidad civil y la patrimonial de la Administración derivada de los servicios públicos estriba en que la segunda tiene su origen en el artículo 106.2 de la CE como bien apunta la STS de 25 de marzo de 2010 que dice que “la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada del funcionamiento de los servicios públicos nace del Art. 106.2 de la CE, que atribuye al legislador el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración, lo que no acontece con la responsabilidad civil de sujetos privados”, de modo que se rige en la actualidad por la LRJSP y la LPAC que han venido a sustituir a la LRJAPAC.

Queda claro por tanto que el orden jurisdiccional para solicitar una compensación económica cuando se trate de centros públicos es el contencioso administrativo incluso en aquellos casos más controvertidos en los que los la Administración tiene concertada una póliza de

responsabilidad civil con una compañía aseguradora y el perjudicado ejercite la acción directa que le faculta el artículo 76 de la LCS y demande única y exclusivamente a la entidad aseguradora, en estos casos en los que la parte demandada y demandante son sujetos privados también opera el artículo 35 de la LRJSP que dice que “ Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando concurra con sujetos de derecho privado o la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración o a la entidad que cubra su responsabilidad”.

Por lo que se refiere a la competencia objetiva los juzgados de lo contencioso-administrativo conocerán de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial cuya cuantía no exceda de 30.050 euros según el artículo 8.2.c de la LJCA. Cuando la cuantía sea superior y según el artículo 10.1.a compete a las salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia.

Por lo que respecta a la competencia territorial, el artículo 14.1 de la citada ley establece que: “cuando el recurso tenga por objeto actos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones será competente, a elección del demandante, el juzgado o el tribunal en cuya circunscripción tenga aquél su domicilio o se halle la sede del órgano autor del acto originario impugnado”

2.1.6. Procedimiento ordinario contencioso-administrativo

El procedimiento ordinario contencioso-administrativo aparece regulado en el título IV de la LJCA, y consta de las siguientes fases:

-Interposición del recurso observando los requisitos del artículo 45 de la LJCA, en él figurará el objeto de impugnación y deberá acompañarse de la copia del acto o disposición impugnada, documentos que acrediten la legitimación del actor y la representación. El plazo para de presentación del recurso será de dos meses si la resolución es expresa y de seis si no lo fuera.

-Admisión por el órgano jurisdiccional competente si cumple los requisitos de interposición ya vistos. Si no los cumple y el defecto fuera subsanable se abre un plazo de subsanación de diez días, de no cumplir este requisito se archivarán las actuaciones. Debe cumplir además con los requisitos de jurisdicción y competencia del tribunal.

-Reclamación del expediente al órgano autor de la disposición o acto impugnado que dispondrá de un plazo de 20 días para remitirlo, así se especifica en el artículo 48. Si no se remite el expediente y tras una nueva solicitud el juez o tribunal podrá imponer una multa coercitiva. Recibido el expediente, según el artículo 49: “el Secretario judicial, a la vista del resultado de las actuaciones administrativas y del contenido del escrito de interposición y documentos anejos, comprobará que se han efectuado las debidas notificaciones para emplazamiento y, si advirtiere que son incompletas, ordenará a la Administración que se practiquen las necesarias para asegurar la defensa de los interesados que sean identificables” el emplazamiento de la Administración se entenderá efectuado por la reclamación del expediente y se entenderán personadas por el envío del mismo como consta en el artículo 50.

-Fase de demanda y contestación, tras recibir el expediente administrativo se formalizará demanda en un plazo de 20 días según el artículo 52. De no remitirse el expediente administrativo la parte actora podrá solicitar igualmente la formalización de a demanda, disponiendo del expediente si se obtiene posteriormente, tras la demanda se dará traslado de la misma y del expediente a la parte demandada para que en otros 20 días presente el escrito

de contestación según el artículo 54. Por lo que respecta a la proposición de la prueba el artículo 60 dispone que: “solamente se podrá pedir el recibimiento del proceso a prueba por medio de otrosí, en los escritos de demanda y contestación y en los de alegaciones complementarias. En dichos escritos deberán expresarse en forma ordenada los puntos de hecho sobre los que haya de versar la prueba y los medios de prueba que se propongan” El juez o tribunal puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que considere necesarias como consta en el artículo 61.

-Fase de vista y conclusiones. Según el artículo 62.1 las partes pueden: “solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso, sin más trámites, para sentencia” y según el punto 2: “dicha solicitud habrá de formularse por medio de otrosí en los escritos de demanda o contestación o por escrito presentado en el plazo de cinco días contados desde que se notifique la diligencia de ordenación declarando concluso el período de prueba.” Si se celebra la vista según el artículo 63.2: “ se dará la palabra a las partes por su orden para que de forma sucinta expongan sus alegaciones. El Juez o el Presidente de la Sala, por sí o a través del Magistrado ponente, podrá invitar a los defensores de las partes, antes o después de los informes orales, a que concreten los hechos y puntualicen, aclaren o rectifiquen cuanto sea preciso para delimitar el objeto de debate”. Cuando se acuerde el trámite de conclusiones el artículo 64.1 dispone que: “las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones”

-Fase de sentencia. La sentencia debe dictarse según lo dispuesto en el artículo 67.1: “en el plazo de diez días desde que el pleito haya sido declarado concluso y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso” cuando fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios el artículo 71.1.d dice : “se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia”.

2.1.7. Procedimiento abreviado

Las especialidades de este procedimiento se rigen por el artículo 78 de la LJCA que en su apartado primero delimita sus supuestos de aplicación: “los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y, en su caso, los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo de este Orden Jurisdiccional conocen, por el procedimiento abreviado, de los asuntos de su competencia que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre extranjería y sobre inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 euros”.

La tramitación de este procedimiento es más ágil en el sentido de que interpuesta la demanda y admitida a trámite, el secretario judicial trasladará dicha demanda a la otra parte y cita a las partes para la celebración de la vista requiriendo a la administración demandada para que remita el expediente con al menos quince días de antelación a la celebración de la vista. Recibido el expediente se remite a los interesados para que puedan en el acto de la vista hacer alegaciones. En el acto de la vista si no fuese necesario la práctica de pruebas y las partes no deseen formular conclusiones el juez dictará sentencia sin más dilaciones. De otro modo se dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista.

2.2 Aplicación al caso

En el orden penal, el conocimiento de este asunto compete al Juzgado de Instrucción y el enjuiciamiento al Juzgado de lo Penal del lugar de comisión del delito, es decir, A Coruña.

El procedimiento a seguir sería el procedimiento abreviado. La reclamación administrativa se presentará ante el Consejero de Sanidad de la Comunidad Autónoma de Galicia mediante el procedimiento común, con las especialidades propias del régimen de responsabilidad patrimonial en la LPAC mencionada, existiendo un procedimiento simplificado en los casos que hemos indicado en el razonamiento jurídico.

De entablarse recurso contencioso-administrativo, se presentará, dependiendo de la cuantía mencionada en el apartado anterior, en el Juzgado de lo contencioso-administrativo o en el TSJ de Galicia. El procedimiento a seguir será el ordinario en este orden jurisdiccional, exceptuando aquellos procedimientos cuya cuantía no supere los 30000€ que se sustanciarán por el procedimiento abreviado.

V Cuestión tercera

1. Con respecto al documento de instrucciones previas, ¿qué validez legal tiene en este supuesto?

El documento de instrucciones previas es totalmente válido, pero no despliega sus efectos, es decir no es eficaz en este supuesto concreto.

1.1. Consideraciones jurídicas

1.1.1 Historia

La relación tradicional médico paciente era paternalista y se basaba en el principio de beneficencia, por el cual el médico procuraba el bien del enfermo y éste se limitaba a aceptar sus decisiones sin cuestionárselas. Se suponía que todas sus actuaciones iban encaminadas a mejorar la situación del paciente de modo que no podían ser discutidas. Esta presunción de lealtad se mantuvo durante siglos. Durante los juicios de Núremberg se había conocido la participación de médicos en crueles experimentos con judíos que hicieron plantearse este principio de beneficencia pero no fue hasta los casos Willowbrook State School Hepatitis Study y el Tuskegee Syphilis Study en Alabama cuando se hicieron públicos experimentos con humanos sin consentimiento de los pacientes que en ocasiones produjeron graves consecuencias para la salud de los sujetos objeto de estudio cuando se cayeron los cimientos de este modelo de relación médico paciente.

En efecto se cuestionaba por la opinión pública la forma de ejercer la medicina de todos los facultativos lo que hizo que éstos aplicasen una medicina defensiva llegando incluso al encarnizamiento terapéutico.

Toda esta situación se complica entre los años 1930 y 1960 con los importantes avances tecnológicos en el campo de la medicina que hacen posible prolongar la vida de los pacientes indefinidamente, aparece el primer trasplante cardíaco, se crea el primer riñón artificial entre otros grandes logros, por otro lado las mejoras en el nivel medio de estudios de la ciudadanía hacen que cada vez demande más información sobre su salud y todos los avances en este campo.

Todo ello determina que la relación entre el enfermo y el profesional cambie drásticamente a favor de un modelo horizontal donde el enfermo y no el médico es el protagonista y toma las decisiones que mejor se ajusten a su proyecto de vida, apareciendo un nuevo modelo que orbita sobre el principio de la autonomía de la voluntad del paciente y que tiene su fundamento constitucional en el derecho a la integridad física del artículo 15 de la CE.

En este contexto, en EEUU, Luis Kutner, un abogado de Chicago, cofundador de Amnistía Internacional, especialista en Derechos Humanos proyecta esta autonomía de la voluntad del enfermo no hacia el presente si no hacia el futuro, elaborando un texto que da un paso más elaborando un texto en el que se refleja su deseo, llegado el caso de encontrarse en una situación terminal, de que no se le apliquen tratamientos para prolongar inútilmente su vida, naciendo así el primer documento de instrucciones previas.

Esta idea llega a España de la mano del Convenio de Oviedo de 1997, para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina que entró en vigor en enero del año 2000. En su artículo 9, dispone que:” serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad” con este artículo, la decisión del paciente se proyecta desde el momento de capacidad hasta el momento de la incapacidad futura.

En esta misma línea y a nivel estatal el artículo 11 de la LBAP define y delimita el marco jurídico en el que debe otorgarse el denominado documento de instrucciones previas, encontrando asimismo regulación extensa y variada a nivel autonómico.

1.1.2 Validez

Para determinar si un documento de instrucciones previas es válido o no, es preciso analizarlo desde diferentes puntos de vista.

Desde el punto de vista de quién otorga el documento podemos decir que el artículo 11.1 de la LBAP dice que: “por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre manifiesta anticipadamente su voluntad”, queda claro por tanto que los requisitos de mayoría de edad, capacidad y libertad son imprescindibles en la elaboración de este documento.

La mayoría de edad se presume en nuestro ordenamiento a los 18 años pues así lo establece el artículo 12 CE¹⁰, la presunción es obviamente *iuris tantum* pues admite prueba en contrario. En el mismo sentido se manifiesta el artículo 315 Cc¹¹, presumiendo que a dicha edad se cumple el requisito de capacidad para todos los actos de la vida civil, así lo expresa el artículo 322 Cc¹².

Dicho esto hay que precisar que el artículo 9.4 de la LBAP establece que :“ cuando se trate de menores emancipados o mayores de 16 años que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado anterior, no cabe prestar el consentimiento por representación” y por tanto los menores emancipados, que pueden tener 14 años¹³o 16 años¹⁴ según las circunstancias que

¹⁰ Artículo 12 CE: “Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años”.

¹¹ En efecto, este artículo fija la mayoría de edad en los 18 años. Artículo 315 Cc “La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento”.

¹² Artículo 322 “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

¹³ En el caso de obtener la emancipación por matrimonio, véanse artículos 46 y 48 Cc.

¹⁴ Véanse artículos 317-321 Cc.

motiven la emancipación y aquellos menores de 16 años no emancipados que no tengan la capacidad modificada judicialmente y sean capaces de comprender emocionalmente e intelectualmente el alcance de la actuación sanitaria pueden elaborar dicho documento.

Por lo que respecta a la nota de libertad contenida en este artículo 11.1 hay que situarla en el contexto de la voluntariedad en relación con los requisitos del consentimiento libre sin vicios ni errores como proclama el artículo 1265Cc: “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”, no voy a analizar las notas de violencia o intimidación porque son obvias, tampoco el dolo merece más explicaciones, sin embargo el error en la información sanitaria puede condicionar un documento inválido, es por tanto necesario el requisito de la información sanitaria antes de elaborar dicho documento, el efecto del artículo 1266 Cc especifica que: “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.” En nuestro ámbito la información sanitaria será decisiva para la correcta formación de la voluntad. Las condiciones de la información ya han sido examinadas en la cuestión primera. No obstante, la ley prevé que el otorgante del testamento vital pueda redactarlo sin recibir dicha información si lo considera oportuno así se manifiestan los artículos 4.1 y 9.1 de la LBAP.

Desde el punto de vista de su contenido el artículo 11.1 de la LBAP, señala los tres contenidos básicos del testamento vital, actuaciones médicas y cuidados para la salud, designación de un representante y destino del cuerpo, órganos o tejidos, así dice que: “por el documento de instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.”

Por lo que respecta a los cuidados sobre su salud, el paciente puede tomar decisiones tanto sobre las actuaciones que desea recibir como sobre las que no desea recibir en el futuro, en un contexto clínico concreto, incluyendo la interrupción de tratamientos ya instaurados o la retirada de técnicas que prolonguen su vida innecesariamente. En el contexto del cuidado del enfermo terminal, las indicaciones respecto a las condiciones de sedación y analgesia plasmadas en un testamento vital son decisivas a la hora de administrar tratamientos que aseguren el confort del enfermo en los últimos momentos de su vida que pudieran no ser aceptadas por sus allegados.

En cuanto a la elección de representante, éste no tiene el deber de decidir sobre las instrucciones que el paciente ha plasmado en el documento sino de ser una ayuda para la correcta interpretación de las mismas por el equipo médico, pues se entiende que es quien mejor conoce los valores y trayectoria vital del otorgante. No obstante, cuando la situación sobre la que se quiere decidir no está reflejada en el documento, este representante tomará decisiones de representación pues por lógica deberá ser la primera persona consultada y su criterio prevalecerá sobre el de otros allegados.

En las instrucciones previas también podemos decidir qué se hará con nuestro cuerpo, órganos o tejidos después de la muerte, dentro siempre de los límites legales. Así podemos determinar que se done nuestro cuerpo a la ciencia a fin de avanzar en el conocimiento científico, que se done para entrenamiento de futuros profesionales en la facultad de medicina entre otros. Es relativamente frecuente que el documento de instrucciones previas contenga

pautas referentes a la donación de órganos, también en sentido afirmativo autorizando como en sentido negativo, desautorizándolo. A este respecto es interesante destacar que la legislación sobre trasplantes en España establece la presunción “iuris tantum” del consentimiento del fallecido. Pese a ello es frecuente que los profesionales intenten obtener de los allegados dicho consentimiento para la donación, de modo que si no consienten y no existe referencia expresa en el testamento vital que lo autorice no se efectúa la donación.

A parte de estos tres contenidos esenciales estipulados en la LBAP, las legislaciones autonómicas han añadido otros tres tan relevantes como los primeros. En efecto se pueden establecer en el testamento vital expresamente los valores y objetivos vitales del paciente a fin de que llegada se interpreten correctamente las estipulaciones en él contenidas. Es la denominada historia de valores del fallecido respecto de la vida, la enfermedad, la salud y la muerte.

Otro contenido es el destino que se le puede dar al material reproductor, esto adquiere una especial relevancia en los casos de reproducción humana asistida, cada vez más frecuentes en nuestro medio por retrasar la edad de concepción, de modo que la pareja de la mujer sometida a fecundación asistida puede expresarse sobre el uso de su material reproductor a este respecto en el año siguiente al fallecimiento.

Por último, el paciente también puede prohibir la obtención de muestras biológicas por parte de los profesionales sanitarios tras su muerte.

Desde el punto de vista de los límites establecidos legalmente el artículo 11.3 de la LBAP establece tres límites al otorgante del documento.

El primero de ellos es el ordenamiento jurídico, de modo que las estipulaciones contrarias al ordenamiento no desplegarán sus efectos al considerar el documento por las autoridades sanitarias. Así los delitos tipificados en el CP como la ayuda al suicidio no podrán ser aplicadas, no obstante, la retirada de las medidas que prolongan innecesariamente la vida de un individuo cuando se ha constatado que no existen posibilidades de curación están amparadas legalmente.

El segundo límite es la “lex artis” concepto ampliamente aclarado a lo largo de este trabajo, y que necesariamente varía en el tiempo a consecuencia de los avances de la técnica y las concepciones de la vida que rigen una determinada sociedad.

El último límite es la falta de correspondencia entre el supuesto previsto en el testamento vital y el hecho sobre el que se quiere aplicar, siendo la obligación del profesional dirimir si estamos ante un supuesto aplicable o no.

Los ordenamientos de algunas CCAA han impuesto otros dos límites que no han adquirido el consenso de la doctrina ni la jurisprudencia, que son la ética médica y la objeción de conciencia ambos límites creados desde la perspectiva del profesional. En el primer caso podemos objetar que la ética médica es un conjunto de valores que comparte un determinado sector de la sociedad, el constituido por la comunidad médica, y nada tiene que ver con los valores compartidos por el resto de los ciudadanos, por tanto, la introducción de esta variable, a la hora de aplicar las estipulaciones del testamento vital pueden generar no poca confusión. En cuanto a la objeción de conciencia del profesional nada tiene que ver con el documento de instrucciones previas que contenga instrucciones sobre las que el profesional pueda objetar, su introducción como límite solo genera confusión entre los facultativos que deben interpretar las decisiones plasmadas en el documento.

1.1.3 Requisitos formales y de procedimiento

El artículo 11.1 de la LBAP exige que el documento de instrucciones previas se documente y conste siempre por escrito.

En general se existe consenso en establecer dos procedimientos para otorgar dicho documento, los cuales se detallan exhaustivamente en las legislaciones autonómicas.

Uno ante notario y otro ante tres testigos. A estos dos procedimientos hay que añadir un tercero estipulado solo en algunos ordenamientos autonómicos que es el otorgado ante el personal encargado del Registro de instrucciones previas o al servicio de la administración sanitaria que corresponda.

La doctrina ha planteado además la duda acerca de si las anotaciones en la historia clínica del paciente serían suficientes para cumplir con los requisitos formales exigidos en la ley, pero resulta poco probable admitir esta forma de proceder por los términos de forma “ad solemnitatem” en que se expresa la ley.

1.1.4 Validez y eficacia

Las instrucciones previas son válidas si cumplen con los requisitos que hemos visto hasta ahora con los límites estipulados, no requiriendo su renovación o ratificación por el transcurso del tiempo ni opera plazo de caducidad. No obstante, cuando el tiempo transcurrido tenga especial relevancia al considerar el estado de la técnica en el momento de otorgamiento y en el momento de aplicación es aconsejable, que no preceptiva su renovación.

Más importante es la facultad que tiene el otorgante para revocarlas, exigiéndose de nuevo la constatación por escrito de esta revocación, reflejada en el artículo 11.4 de la LBAP. En estos casos el paciente puede otorgar un nuevo documento, puede revocar el anterior sin documentar uno nuevo o simplemente puede modificarlo parcialmente.

1.2 Aplicación al caso

Nos encontramos ante un supuesto en el que la paciente utilizando la figura jurídica del testamento vital, documento que le permite expresar sus deseos sobre los cuidados o el tratamiento de su salud cuando no se encuentre capacitada para hacerlo, manifiesta que se mantenga su vida a toda costa aplicando todos los tratamientos necesarios para evitar su muerte, como bien explica la paciente, en espera de que se desarrollen nuevas técnicas que le permitan solucionar su patología.

Llegando más allá podría solicitar incluso la criogenización de su cuerpo tras la muerte, como ocurre ya en algunos países, creando un verdadero problema económico estatal. La carga económica que tendría que soportar un sistema sanitario que tuviera que respetar esta decisión si mantenemos la cobertura universal de la asistencia sanitaria sería tan grande, que hundiría toda la Administración, hecho que por sí solo podría justificar la no eficacia del documento.

Sin embargo, no es necesario recurrir a argumentos tan polémicos pues, el límite de la “lex artis” establecido en la LBAP como hemos dicho, permite solucionar esta cuestión sin adentrarnos en polémicas disquisiciones económicas. Estamos ante una colisión entre el principio de autonomía del paciente y la “lex artis” en la que esta segunda se erige como prioritaria a fin de no desvirtuar la atención médica debida en cada proceso asistencial.

2. Pese a la voluntad en contra de la paciente y de su familia, ¿pueden los médicos retirar el soporte de respiración asistida?

Los médicos no solo pueden, sino que deben retirar el soporte de respiración asistida así lo indica “la lex artis” del buen profesional, pues no hablamos de un paciente con posibilidades de recuperación sino de un paciente clínicamente muerto.

2.1. Consideraciones jurídicas

En aquellos casos en los que los pacientes se hallen en una situación en la que no existan posibilidades de supervivencia, la aplicación de un tratamiento para prolongar la vida resultaría inútil, este es el contexto en el que se desarrolla el concepto de limitación del esfuerzo terapéutico. En esta definición es importante destacar el concepto de “futilidad” de las medidas adoptadas para la prolongación de la vida del enfermo. Para definir el concepto de “futilidad” emplearemos la definición de Iceta Gavicagoeascoa¹⁵ que dice que el concepto de “futilidad” se aplica a aquel acto médico cuya aplicación a un enfermo está desaconsejado porque es clínicamente ineficaz, no mejora el pronóstico, los síntomas o las enfermedades intercurrentes, o porque previsiblemente produce perjuicios personales, familiares, económicos o sociales, desproporcionados al beneficio esperado. De modo que en la definición va implícita la trasgresión de la “lex artis” de la profesión médica pues es una actuación desaconsejada por ser clínicamente ineficaz que limita como hemos visto la eficacia del documento de instrucciones previa como estipula el artículo 11.3 de la LBAP.

2.2 Aplicación al caso

En el caso que nos ocupa la paciente solicita el uso de cuantos procedimientos médicos se disponga según el estado de la ciencia a fin de conservar sus funciones vitales, aunque no existan posibilidades de mejoría en el momento en que ocurra el hecho que determine su estado irreversible. Como hemos visto las instrucciones que son contrarias a la “lex artis” no pueden ser respetadas por los profesionales sanitarios pues constituyen un límite legal impuesto en el artículo 11.3 de la LBAP.

VI Cuestión cuarta

1. En caso de que María emprenda acciones legales contra los médicos o a la administración y obtenga una indemnización, ¿debería repartir el importe con su hermana Juana?

No debería, pues se trata de un derecho que asiste a los perjudicados cada uno de los cuales puede optar por reclamar o no, no es un derecho que asiste a los herederos, aunque la condición de heredero y perjudicado pueden coincidir.

1.1. Consideraciones jurídicas

Aclarar si el derecho a la indemnización por muerte de una persona es un derecho que asiste a los perjudicados independientemente de su condición de herederos no ofrece grandes

¹⁵ ICETA GAVICAGOEASCOA, M., El concepto médico de la futilidad y su aplicación clínica, tesis doctoral, Dpto. de Bioética, Universidad de Navarra, Pamplona, 1995.

dificultades ni doctrinalmente ni jurisprudencialmente. En palabras del TS ¹⁶ hay que dilucidar si estamos ante un derecho “iure hereditatis” o “iure propio”.

La muerte de una persona puede ocasionar la adquisición de ciertos derechos por otras, pero no todos ellos forman parte del caudal relicto así la mayoría de la doctrina considera que :“el derecho a percibir indemnización por la muerte de una persona...no se adquiere por sucesión mortis causa, integrando la herencia de la persona que muere, sino iure propio¹⁷”, “ el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio al no poder suceder en algo que no había ingresado en el patrimonio del decuius¹⁸”.

Para la jurisprudencia esto se debe como apunta la SAP de Barcelona de 4 de octubre de 1999 en su fundamento jurídico tercero a que” el heredero, como tal, no ostenta la cualidad de perjudicado ya que, el derecho a la indemnización por causa de muerte no es un derecho sucesorio, sino ejercitable «ex iure propio», al no poder sucederse en algo que no había ingresado en el patrimonio del «decuius». En efecto, como la muerte de una persona se produce en un instante inmediato, no existe tiempo material para que la indemnización que, eventualmente, pudiese corresponderle por el daño que se le infringe, ingrese en su patrimonio hereditario, por lo que los herederos nada pueden recibir por tal concepto”.

La jurisprudencia también ha sido clara en este sentido, así la SAP de Málaga de 16 de junio de 2015 que resuelve el recurso de apelación contra la sentencia en primera instancia de 27 de diciembre de 2012¹⁹ estima la incorrecta apreciación de la falta de legitimación activa de la parte actora Genoveva²⁰ pues como bien dice en su FJ segundo“ como dice la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (sección 8ª) de 18 de Octubre de 2010 (citada por la parte apelante) "Es cierto que la parte actora no reclama en condición de heredera y ello obliga a distinguir necesariamente entre la condición de heredero y la de perjudicado porque las personas a quienes corresponde la indemnización por muerte ocurrida con motivo de accidente de circulación son los perjudicados y no los herederos. Sin duda el derecho a indemnización originado en el perjuicio moral y material a terceros por consecuencia de la muerte, no surge como "iure hereditatis" sino como un derecho originario y propio del perjudicado, cualidad que puede o no coincidir con la de heredero, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 junio 2003 , que están legitimadas para reclamar indemnización por causa de muerte, "iure propio", las personas, herederos o no de la víctima, que han resultado personalmente perjudicadas por su muerte en cuanto dependen económicamente del fallecido o mantienen lazos afectivos con él”. La del TS de 4 de octubre de 2006, que recoge la anterior, dice:" que no es la condición de heredero, sino la de perjudicado, la que legitima a las personas para promover la acción que nos ocupa, y constituye pacífica y reiterada doctrina

¹⁶En las SSTs de 18 de junio de 2003 y de 4 de octubre de 2006 se establece la diferenciación entre el derecho de los perjudicados y el derecho de los herederos, utilizando los términos “iure hereditatis” e “iure propio”.

¹⁷ O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., Derecho de sucesiones compendio de derecho civil, V, Ramón Areces, Madrid, 2012, p. 29.

¹⁸ GALLARDO CASTILLO, M. J., Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma, Tecnos, Madrid, 2016, p. 385.

¹⁹ “Desestimatoria de la pretensión indemnizatoria de la parte actora, basada en una posible imprudencia del centro hospitalario en el que fue intervenido Augusto , esposo de la actora Macarena y padre de los también actores Genoveva y Virgilio , se alzan los actores-recurrentes, alegando: a) incorrecta apreciación de falta de legitimación activa de la actora Genoveva ; b) error en la valoración de la prueba, respecto de la existencia de negligencia en la actuación del centro hospitalario, como se desprende de los informes periciales y declaraciones de los peritos practicadas en juicio”.

²⁰ No heredera del fallecido.

jurisprudencial la relativa a que el derecho a reclamar este tipo de indemnizaciones pertenece "ex iure proprio" a la persona que resulte perjudicada por el suceso y no "ex iure hereditatis", pues tal derecho, en todos los casos y con mayor incidencia en los supuestos de muerte instantánea, no llegó a formar parte del caudal relicto y, por tanto, no ha podido transmitirse a los herederos."

La condición de perjudicado, dice la sentencia de la Audiencia de Valencia antes citada, "puede coincidir o no con la de herederos, pero que en cualquier caso es distinta y con efectos jurídicos muy diferentes, debiendo evitarse las generalizaciones, que a partir del dolor moral que todo familiar o pariente normalmente siente por la muerte de un ser querido extiendan a todos ellos la condición de perjudicado, debiendo restringirse el concepto y, en suma, tenerse solamente como perjudicados a los ligados a la víctima por vínculos próximos de familia, afecto, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca existencia que determinen realmente perjuicios derivados directamente de la muerte producida por el hecho culposo..." En este mismo sentido las SSTs de 24 de noviembre de 1970, de 16 de marzo de 1971, de 10 de febrero de 1972, de 25 de junio de 1983, de 20 de octubre de 1986, de 21 de diciembre de 1987, de 15 de abril de 1988, de 12 de mayo de 1990 y de 20 de julio de 1995.

Queda pues claro doctrinalmente y jurisprudencialmente que el derecho a la indemnización por la muerte de un paciente no es un derecho que pertenezca a la comunidad hereditaria del difunto por el hecho dañoso, sino que es un derecho que asiste a cada uno de los perjudicados entendiendo al menos como tales a aquellas personas que dependan económicamente del fallecido o mantengan lazos afectivos con él.

Jurisprudencialmente se viene admitiendo la relación de perjudicados de la tabla I del anexo del RDL 8/2004 de 29 de octubre²¹ como referencia para la relación de afectados y también para la valoración de la cuantía indemnizatoria, que establece el sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Sin embargo como bien apunta la STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2016 que recoge reiterada jurisprudencia del TS: "debe recordarse que, tal como declararon las STS de 23 de diciembre de 2009, y 3 de mayo de 2012, para la fijación de la cuantía indemnizatoria en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración, regida por el principio de indemnidad plena o de reparación integral, los baremos de valoración del seguro de uso y circulación de vehículos de motor tienen carácter meramente orientativo y no vinculante para los tribunales de este orden jurisdiccional."

El baremo contenido en la citada norma en los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración deberá adaptarse pues de acuerdo con determinadas circunstancias de los escenarios posibles, continúa la citada sentencia: "lo cierto es que, como antes hemos visto, a la hora de fijar la indemnización hay que tomar en consideración diversas circunstancias, como la edad del fallecido, hijos que este tenía y edad de estos, número de dependientes, etc, pero también el estado de salud que presentaba".

Por tanto, a la hora de establecer la cuantía de la indemnización por el fallecimiento de un paciente en este orden jurisdiccional hay que tener presentes diversas situaciones una de las cuales es el número de personas vinculadas a él por razones económicas o lazos afectivos, pues puede modular el baremo de referencia mencionado, siendo probable a mi juicio que la

²¹Hablamos del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor cuya última modificación corresponde al 23 de septiembre de 2015.

cantidad indemnizatoria a cada perjudicado varíe si reclama uno o reclaman todos los perjudicados por el hecho dañino²².

1.2. Aplicación al caso

María no debe legalmente repartir el importe de la indemnización obtenida, puesto que Juana puede reclamar para sí la indemnización que le corresponda al hallarse legitimada para el ejercicio de la acción por ser parte perjudicada por la muerte de Doña Carmen. Además, y tal y como hemos visto, el importe que correspondería a cada una varía de acuerdo con sus circunstancias personales.

No obstante, es importante destacar que si Juana no inicia acciones en aras de obtener la indemnización debida deberá notificársele el resultado del procedimiento penal iniciado por su hermana a fin de que tenga constancia del inicio de la prescripción de la acción patrimonial contra la Administración si ésta procediese.

²² Aunque no es objeto de estudio en esta cuestión podemos añadir que el Real Decreto Legislativo 8/2004, establece un sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación, en la tabla I de su anexo se establecen las indemnizaciones básicas por muerte incluidos daños morales atendiendo a las diferentes circunstancias de los perjudicados, estableciéndose que deberán actualizarse las cuantías anualmente y en su defecto “quedarán automáticamente actualizadas en el porcentaje del índice general de precios de consumo correspondiente al año natural inmediatamente anterior”.

VII Bibliografía

BELLO JANEIRO, D., Responsabilidad civil del médico y responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, Reus, Madrid, 2009.

CALVO SÁNCHEZ, M-D./HERNÁNDEZ RAMOS, M./MARTÍNEZ GALLEGO, E-M^a./ALVAT PUIG, J./SANZ MULAS, N., en Relevancia jurídica del consentimiento informado en la práctica sanitaria: responsabilidades civiles y penales (SANZ MULAS, N., Dir.), Comares, Granada, 2012, pp.11-43.

CANTERO MARTÍNEZ, J., La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital, Bomarzo, Albacete, 2005.

GALLARDO CASTILLO, M. J., Los procedimientos administrativos en la ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma, Tecnos, Madrid, 2016.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, Aranzadi, Navarra, 2016.

GUERRERO ZAPLANA, J., El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia, Lex Nova, Valladolid, 2004.

HERRADOR GUARDIA, M.-J., Daño, responsabilidad y seguro, Francis Lefebvre, Madrid, 2016.

MAGRO SERVET, V., Guía práctica de responsabilidad sanitaria, la Ley, Madrid, 2007.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., Derecho de sucesiones compendio de derecho civil V, Ramón Areces, Madrid, 2012.

QUIJADA GONZÁLEZ, C./TOMÁS Y GARRIDO, G-M^a, El testamento vital, 100 preguntas y respuestas, Formación Alcalá, Jaén, 2014.

RIVAS LÓPEZ, A.L., Responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, Fundación Asesores Locales, Málaga, 2012.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, V., Responsabilidad penal en el ejercicio de actividades médico-sanitarias, Marcial Pons, Madrid, 2012.

SÁNCHEZ-CARO, J., ABELLÁN, F., Derechos y deberes de los pacientes, Comares, Granada, 2003.

YEBRA PIMENTEL VILAR, P-C., El consentimiento informado: Criterios legales y jurisprudenciales, Difusión jurídica y Temas de actualidad S.A., Madrid, 2012.

VIII Apéndice jurisprudencial

STC de 28 de marzo de 2011(RTC\2011\37)

STS de 24 de noviembre de 1970 (RJ\1970\4889)

STS de 16 de marzo de 1971 (RJ\1971\943)

STS de 10 de febrero de 1972 (RJ 1972\584)

STS de 25 de junio de 1983 (RJ\ 1983\3587)

STS de 20 de octubre de 1986 (RJ\1986\5702)

STS de 30 de noviembre de 1987 (RJ\1987\8709)

STS de 21 de diciembre de 1987 (RJ\1987\9802)

STS de 15 de abril de 1988 (RJ \1988\2777)

STS de 12 de mayo de 1990 (RJ\1990\3916)

STS de 20 de julio de 1995 (RJ\1995\5728; Recurso 1013\1992)

STS de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000\4049; Recurso 427/1996)

STS de 23 de enero de 2001 (RJ 2001\2408; Recurso 7725/1996)

STS de 25 de enero de 2002 (RJ 2002\662; Recurso 8212/1997)

STS de 24 de marzo de 2002 (RJ 1992\3386; Recurso 4437/1990)

STS de 19 de junio de 2003 (RJ\2003\4244; Recurso 3375\1997)

STS de 23 de julio de 2003 (RJ 2003\5462)

STS de 4 de Octubre de 2006 (RJ\2006\6427)

STS de 30 de abril de 2007 (RJ 2007\2397)

STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008\5789)

STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009\4323)

STS de 13 de octubre de 2009 (RJ 2009\5564)

STSJ de Madrid de 17 de diciembre de 2007 (JUR 2008\101237; Recurso 577/2007)

STSJ de Galicia de 23 de noviembre de 2016 (JUR\2016\270782)

SAP de Barcelona de 4 de octubre de 1999 (AC\1999\7383; Recurso 1504\1997)

SAP de Valencia de 18 de octubre de 2010 (JUR\2011\47673)

SAP de Málaga de 16 de junio de 2015 (AC\2015\1420)