

## LEX ARTIS Y RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA: UNA PERSPECTIVA ACTUALIZADA

Teresa GIMÉNEZ-CANDELA\*

SUMARIO: I. *Una introducción no histórica*. II. *Lex artis*. III. *Aspectos de la responsabilidad médico-sanitaria*. IV. *Una reflexión histórica*.

### I. UNA INTRODUCCIÓN NO HISTÓRICA

Médicos, arquitectos y poetas saben hacer *lege artis*, algo de lo que por sí misma hace la naturaleza. Parece deberse a la influencia de Aristóteles la difusión de esta idea, pues al menos en tres de sus obras (*Metafísica*, *Física* y *Poética*),<sup>1</sup> incluye la noción de que la medicina, la arquitectura y la poesía tienen en común la capacidad, a través de una actividad aprendida —una técnica—,<sup>2</sup> de producir transformaciones en la naturaleza de las cosas: en la salud, en el paisaje o en la musicalidad y armonía de las palabras. Este es, en efecto, uno de los sentidos del término *ars*,<sup>3</sup> término en el que se contiene una sutil distinción entre lo que la naturaleza crea y lo que el hombre “re-crea”, para toda actividad humana que suponga una habilidad, destreza o pericia cuya adquisición dependa a la par de un conjunto de conocimientos especializados y de una práctica adquirida mediante el ejercicio de los mismos. En las fuentes literarias se encuentran ejemplos elocuentes de esta acepción de *ars* (conocimientos especializados y ejercicio práctico de los mismos),<sup>4</sup> así como en algunas inscripcio-

\* Catedrática de Derecho romano, Universidad Autónoma de Barcelona.

<sup>1</sup> Aristóteles, *Metafísica*, L, 1, 981, a,b; *Física*, 194, a, 21; *Poética*, 1447,a.

<sup>2</sup> *Ars*, en latín traduce el término griego *tékhne*.

<sup>3</sup> OLD. 175, en el sentido de un cuerpo sistemático de conocimientos y prácticas de una actividad, que puede desempeñarse profesionalmente

<sup>4</sup> Var.L,7,109: *neque ars sit neque ea utilis sit*; Cic. *De Orat.*2,30: *ars earum rerum est, quae sciuntur; oratoris autem omnis actio opinionibus non scientia continetur*; *Inv.* 1,7:

nes<sup>5</sup> y en el Digesto, donde —aparte en la conocida definición ulpiana de *ius*—,<sup>6</sup> se usa para aludir a determinados oficios.<sup>7</sup> Respecto a la medicina, es un *topos* del pensamiento greco-latino considerar el ejercicio de la misma como *ars*.<sup>8</sup>

Una de las acepciones del término *lex* es la de reglas o principios de cualquier arte u oficio, como aparece, por ejemplo, en la expresión *lex poetica*,<sup>9</sup> o en la versión de Plinio: *et haec ars suis legibus constat*.<sup>10</sup> *Lex artis* puede aplicarse, en principio, a cualquier actuación profesional, como se hace, por ejemplo, respecto al ejercicio de la abogacía, pero, en la actualidad —al menos en España— casi con exclusividad viene a asociarse al desempeño de la actividad médico-sanitaria y así lo usa constantemente la jurisprudencia. Que la expresión *lex artis* haya pasado a tener un significado de estándar de actuación en el ámbito profesional y, más en concreto, asociado con el ejercicio de la medicina es, no obstante, una acepción relativamente reciente.

Una cuestión que necesariamente en esta ocasión dejo al margen es la historia de la recepción de dicha expresión en el ámbito jurídico. Sólo me permito adelantar que en los repertorios de expresiones, locuciones y aforismos jurídicos latinos, dicha expresión está ausente.<sup>11</sup> Yo misma soy autora de uno de estos diccionarios de frases jurídicas latinas, presentes hoy

*quibus in rebus versatur ars et facultas oratoria, eas res materiam artis rethoricae nominamus*; Man. 1,61: *per varios usus artem experientia fecit*; Ter. Ph.17: *qui artem tractent musicam*; Cato, Mor. 2 (J): *poeticae artis honos non erat*.

<sup>5</sup> CIL.I, 123; 593:... *queive lanistaturam artemve ludicarum fecit*; III, 5824:... *artis purpurariae*.

<sup>6</sup> D.1,1: *ius est ars boni et aequi*.

<sup>7</sup> D.33,7,19,1: *...servum vero arte fabrica peritum, qui annuam mercedes praestabat, instrumento villae non contineri*.

<sup>8</sup> Cfr. entre otros, Martículo XIV,78,1: *Artis ebur medicae narthecia cernis: habebis / Munera, quae cuperet Paccius esse sua*.

<sup>9</sup> Var.L,7,18.

<sup>10</sup> Plin. Nat. 14,146.

<sup>11</sup> Liebs, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, Manchen, 1982; García Garrido, *Diccionario de jurisprudencia romana*, Madrid, 1982; Bellina, *Salvis Iuribus. Il latino degli avvocati*, Turín, 1992; Albanese, *Máxime, enunciazioni e formule giuridiche latine*, Milán, 1997; Escolá i Tuset, *Diccionari de Llatinismes i expressions clàssiques*, Barcelona, 1997; Nicolliello, *Diccionario del latín jurídico*, Barcelona, 1999; Aquaroli, *Diccionario de latim e gramática*, Sao Paulo, 1998; Mori, *Dizionario dei termini giuridici e dei brocardi latini*, Piacenza, 2000; Bertozzi, *Dizionario dei brocardi e dei latinismi giuridici*, Milán, 2001; varios autores, *Principios de derecho global*, Pamplona, 2003.

en día en los usos forenses y tengo que reconocer que no registré dicha expresión en la primera edición de mi obra.<sup>12</sup> Quizá en otro trabajo valga la pena adentrarse en esta cuestión.

La configuración de la responsabilidad del médico en el derecho romano no va a servir de precedente histórico, a modo de marco obligado, para empezar a hablar de la responsabilidad médico-sanitaria, sino que procederé al contrario de lo que suele ser usual y dejaré los datos históricos para el último apartado de mi exposición. El método, en esta ocasión, nos puede permitir observar mejor cómo la experiencia de la jurisprudencia romana sigue teniendo algo que decir en este ámbito de responsabilidad.

El presente trabajo abordará algunos aspectos de la responsabilidad médico sanitaria,<sup>13</sup> partiendo de la noción de *lex artis*:

- La relación jurídica que ampara la actuación del médico y, en general, del personal médico-sanitario.
- Las consecuencias que se derivan de los actos médicos según se realicen en centros públicos —y, por ende, la eventual responsabilidad de la administración—, o bien en centros privados —y, en tal caso, la responsabilidad del establecimiento y de las compañías aseguradoras—, por los posibles perjuicios derivados de la intervención del médico, de la falta de alcance de los resultados esperados por el paciente, o de los efectos derivados del seguimiento de un tratamiento.
- El derecho del paciente a conocer cuáles son los riesgos que implica la actuación del facultativo.

## II. LEX ARTIS

*Lex artis* es hoy en día un término definitorio del correcto desempeño de la actividad médica,<sup>14</sup> si bien puede abarcar distintos matices. Se

<sup>12</sup> Giménez-Candela, Frases y locuciones latinas, Anexo, en *Diccionario Trivium. Derecho y Economía*, Madrid, 1998, pp. 847 y ss.

<sup>13</sup> La bibliografía que se citará es deliberadamente sucinta, pues no pretende más que orientar en algunas materias el interés del estudioso. En las obras de ámbito general más recientes, se encuentra siempre un buen repertorio bibliográfico actualizado; Fernández Hierro, *Sistema de responsabilidad médica*, Granada, 2002; Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, Valladolid, 2003; Galán Cortés, *Responsabilidad civil médica*, Pamplona, 2005.

<sup>14</sup> Martínez Calcerrada, *Especial estudio de la denominada lex artis ad hoc*, AC 24 1986; *La responsabilidad civil médico-sanitaria; especial juego de la lex artis ad hoc*,

suele entender por *lex artis* la observancia de las reglas propias de la profesión y, cuando se emplea la expresión *lex artis ad hoc*, se completa dicho sentido —añadiéndosele (*ad hoc*)—, de observancia de un comportamiento profesional con arreglo a las circunstancias específicas del caso.<sup>15</sup> La doctrina y la jurisprudencia cuando invocan la *lex artis* lo hacen entendiendo un “saber útil”, que comprende los conocimientos que se supone deben regir las actuaciones de los profesionales con un título;<sup>16</sup> no en vano las profesiones “tituladas” dotan a quien las ejerce de una presunción de conocimientos frente a la sociedad, que tiene como correlato la libertad de ejercicio y decisión, pero también la consecuente responsabilidad.

De esta primera aproximación, cabe preguntarse si nos encontramos con este modelo de actuación al que el médico debe ajustarse por imperativo científico, ético,<sup>17</sup> legal, o bien simplemente profesional. Dicho de otro modo, a qué fines se invoca la *lex artis* y cuáles son las consecuencias del incumplimiento o la transgresión en una actuación médica de la llamada *lex artis*, pues hoy en día, en algunos países,<sup>18</sup> constituye un término recurrente para determinar el ámbito, la actividad profesional y la responsabilidad del personal médico-sanitario.<sup>19</sup>

Madrid, 1992; Referencias concretas a la *lex artis*, más o menos amplias, se encuentran en casi todas las obras sobre responsabilidad médica. Falta, sin embargo, un trabajo que revise este tema a la luz de las nuevas directrices jurisprudenciales.

<sup>15</sup> STS 7.2 y 29.6.1990; 11.3.1991; 23.3.1993; 25.4.1994; Fernández Hierro, *op. cit.*, nota 13, pp. 249 y ss.

<sup>16</sup> Varios autores, *El ejercicio en grupo de profesiones liberales*, Granada, 1993; Calvo Sánchez, *Régimen jurídico de los colegios profesionales*, Madrid, 1998.

<sup>17</sup> Morell Ocaña, “Deontología de los quehaceres sanitarios. Códigos de buenas prácticas y *lex artis*”, *Noticias de la Unión Europea*, 184, 2000, pp. 95-108.

<sup>18</sup> *Cfr.* Uhlenbruck, *Medical indication and lex artis*, *Dtsch. Med. Wochenschr.* 1968 Jan.5; 93, 1, pp. 45 y ss.; Artz, *Diagnostische-therapeutische Leitlinien: Richtlinien für die Rechtsprechung?*, *Schweiz Med. Wochenschr.* 1999, 129, pp. 609 y ss.: “Leitlinien als Festschreibung der *lex artis*: in Vordergrund steht die Festschreibung der *lex artis*. Leitlinien geben den Stand des Wissens... über effective und zweckdienliche Krankenversorgung... wieder”; *Derechos de los médicos. Experiencia mexicana para su determinación y difusión*, *Rev.Med.* 2003; 41, 6, pp. 503 y ss.

<sup>19</sup> STS 26.6.1980: “la responsabilidad médica que cuenta en la historia con antiguos y destacados supuestos que han llegado hasta nuestros días, ha de ser, en principio, proclamada cuando en el tratamiento médico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas que, olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos”.

La expresión *lex artis* en el ámbito médico no tiene —y probablemente no tendrá nunca— un sentido único.<sup>20</sup> Es uno de esos interesantes casos de dinamismo semántico en los que la misma expresión, en su devenir histórico, impulsa la aparición de nuevos significados o matices interpretativos, según las cambiantes circunstancias de la vida lo van demandando. Pueden citarse un buen número de casos en que dicho dinamismo semántico se manifiesta en el lenguaje jurídico. Baste pensar en el término *noxa*, que desde los primeros albores del *ius* puede aludir al autor de un delito, al delito mismo y a las consecuencias propias del delito.<sup>21</sup> Por no hacer referencia al término *culpa*,<sup>22</sup> que sigue comportándose hoy en día como un poliedro que, conforme va girando a lo largo de la historia, va exhibiendo distintos aspectos de sus diferentes caras. La doctrina francesa, valga como ejemplo reciente, usa la expresión “faute virtuelle” (culpa virtual). Un término que, al igual que “realidad virtual”, o “imagen virtual”, sin la aparición de los últimos avances tecnológicos probablemente no tendría razón de ser.

En efecto, en *lex artis* confluyen algunos de los significados que a continuación detallo y que han sido extraídos del empleo que, distintas sentencias de los tribunales españoles, hacen de tal expresión:

*Lex artis* como suma de conocimientos de la especialidad del médico.

*Lex artis* como el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones.

*Lex artis* como pautas de actuación del profesional médico sanitario.

*Lex artis* como suma de obligaciones que deben cumplirse por el médico en su calificada actividad de medios.

<sup>20</sup> La medicina suele calificarse de ciencia “inexacta”, calificativo que nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha recordado de forma expresa, sobre todo en materia penal: STS 16.4.1970; 26.10.1983; 29.3.1988; en tal sentido, que la *lex artis* sea un término que abarque distintas dimensiones de comportamiento y de exigencias profesionales, parece perfectamente congruente. Para Fernández Hierro, *op. cit.*, nota 13, constituye “algo borroso e inexacto”, “carente de concreción”, pp. 597, 600.

<sup>21</sup> Referencia completa a la literatura más influyente sobre el tema en Jiménez-Candela, *El régimen pretoriano subsidiario de la acción noxal*, Pamplona, 1981, pp. 59 y ss., 81 y ss., 115 y ss.

<sup>22</sup> Véase el interesante volumen histórico comparativo, Schrage (ed.), *Negligence. The Comparative Legal History of the Law of Torts*, Berlín, 2001, con contribuciones que abordan el largo camino que la *culpa Aquiliana* ha recorrido, hasta constituir uno de las referencias nucleares de nuestros códigos continentales y de la jurisprudencia angloamericana.

*Lex artis* como traslación del concepto de diligencia contenido en el artículo 1104 del Código Civil.

*Lex artis* como elemento integrador del deber de información del facultativo.

*Lex artis* como presupuesto del consentimiento informado.

En este sucinto elenco de sentidos —que no es exhaustivo—, se advierte que el concepto de *lex artis* abarca lo que primariamente parece más evidente que son: los conocimientos técnicos que al médico se le deben exigir para actuar como tal; también dichos conocimientos y prácticas actualizados y en un óptimo nivel de competencia. Además de este sentido, también con *lex artis*, se alude al deber de diligencia o exigencia y cuidado con que el médico debe ejercer su actividad; por tanto, se trataría de pautas de comportamiento, que funcionan a modo de “ordenamiento secundario”,<sup>23</sup> que los poseedores de un saber especializado muestran ante la opinión pública como la mejor respuesta ante un problema de salud concreto; sin olvidar que dichas pautas de comportamiento no son meras exigencias de excelencia, sino que en reiteradas ocasiones se ponen en relación con aquellos principios de nuestro Código Civil que consagran el criterio de la culpa como eje vertebrador de la atribución de la responsabilidad contractual y extracontractual. Además, como dato novedoso a tener muy en cuenta, la jurisprudencia usa también la expresión *lex artis*, para erigirlo en presupuesto del deber de información que el facultativo debe cumplir frente al paciente en determinadas intervenciones, muy especialmente las quirúrgicas, y como un presupuesto también del consentimiento informado,<sup>24</sup> que en los últimos años, a raíz de la promulgación de la ley 41/2002, sobre derechos del paciente<sup>25</sup> y de las recientes tendencias interpretativas de nuestro Tribunal Supremo, puede decirse que es, hoy por hoy, la cuestión más debatida y controvertida en torno a la responsabilidad médico-sanitaria.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> Romanos, S., *El ordenamiento jurídico*, Madrid, 1963.

<sup>24</sup> Que el deber de información del médico y la obtención del consentimiento informado del paciente no constituyen un deber independiente de la práctica médica con arreglo a la *lex artis*, sino un elemento más de la misma, aparece como tendencia interpretativa en varias sentencias de la década de los noventa. Véase, entre otras: SAP Barcelona, penal, 25.6.1993; SAP Zaragoza, Secc. 2a, de 21.5.1995; TSJ de Navarra, social, 22.5.1995; ampliamente, Simón, *El consentimiento informado*, Madrid, 2000, pp. 190 y ss.

<sup>25</sup> *Infra* III, 1.

<sup>26</sup> *Infra* III, 1 y 4.

III. ASPECTOS DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICO-SANITARIA<sup>27</sup>

La naturaleza de la responsabilidad del médico,<sup>28</sup> tanto si procede de contrato (contrato de prestación de servicios, contrato de obra) o deriva de una relación extracontractual,<sup>29</sup> suele situarse en el ámbito de una obligación de medios, no de resultado,<sup>30</sup> salvo en aquellos casos (cirugía estética, odontología, técnicas de esterilización: vasectomía o ligadura de trompas), en que sí se espera un resultado determinado.<sup>31</sup> Dicho en otros términos, la obligación del médico no es devolver la salud al paciente, sino

<sup>27</sup> Dejo deliberadamente de lado hacer referencia a la responsabilidad penal del médico, que, si bien confluye en cierto modo con la civil —aunque no a la inversa—, tiene sus propias exigencias de imputación (tipicidad, frente a indeterminación previa en vía civil) y de sanción (pena, frente a resarcimiento o compensación del daño en el ámbito civil). De la ingente literatura destaca, Romeo Casabona, *El médico y el derecho penal. La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Barcelona, 1981; *El médico ante el derecho*, Madrid, 1988, pp. 13 y ss., y pp. 59 y ss.; Gómez Rivero, *La responsabilidad penal del médico*, Valencia, 2003; Gómez Pavón, *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Barcelona, 2004.

<sup>28</sup> Fernández Hierro, Sistema, *cit.*, nota 13, pp. 13 y ss.; Blas Orbán, *Responsabilidad profesional del médico. Enfoque para el S.XXI*, Barcelona, 2003, pp. 41 y ss.; Galán Cortés, *Responsabilidad, cit.*, nota 13, pp. 63 y ss.

<sup>29</sup> *Cfr.* recientemente, Bonilla Sánchez, *La responsabilidad médica extracontractual*, Murcia, 2004, pp. 61 y ss.

<sup>30</sup> Desde la STS de 26.5.1986, viene siendo esta doctrina reiterada de la Sala 1a. del TS; entre otras, STS 25.4.1994 (ponente, señor Albácar López); 10.2 y 10.12 1996; 13.4.1999 (ponente señor O'Callaghan Muñoz, compendia las directrices de dicha Sala 1a.); 10.4.2001 (ponente señor Sierra Gil de la Cuesta). La importancia de esta distinción estriba en su incidencia en la determinación del contenido de la obligación y en la atribución de la carga de la prueba. Es claro que se trata éste de un problema crucial que aún es hoy en día una cuestión abierta sobre la que existe una ingente bibliografía y sobre la que aún no se ha alcanzado una posición del todo unánime en la doctrina. *Cfr.*, además de los citados en Sánchez Gómez, *Contrato de servicios médicos y contrato de servicios hospitalarios*, Madrid, 1998, pp. 109 y ss., 132 y ss.; Luna Yerga, *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*, Madrid, 2004, pp. 94 y ss., quien mantiene una posición singular, pues afirma: “la discusión acerca de la pretendida incidencia de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en la carga probatoria es estéril, pues el efecto práctico al que se llega desde las diferentes posturas es el mismo: el causante del daño deberá demostrar cualquiera de las causas que extingan su responsabilidad, de manera que en las de medios le bastará con probar su propia diligencia, y en las de resultado, el caso fortuito o la fuerza mayor, para evitar su responsabilidad.

<sup>31</sup> *Cfr.* Fernández Hierro, *op. cit.*, nota 13, pp. 425 y ss.; Blas Orbán, *Responsabilidad profesional, cit.*, nota 28, pp. 99 y ss.; Galán Cortés, *Responsabilidad, cit.*, nota 13, pp. 70 y ss.

poner los medios y brindar el servicio más adecuado para obtener el mejor de los efectos posibles de un tratamiento o intervención.<sup>32</sup>

Un cambio incontestable en las últimas décadas viene siendo la objetivación de la responsabilidad, por desplazamiento de la misma a los centros hospitalarios (privados o estatales), o a las compañías aseguradoras, en cuyos cuadros médicos figuran los profesionales, con las que éstos pueden tener, o no, un contrato de prestación de determinados servicios, lo que está incrementando las demandas por incidencias médicas, por la facilidad que para el particular supone no tener que demostrar la culpa del facultativo para obtener una indemnización; es decir, se está produciendo una reducción de las demandas dirigidas contra los médicos y un incremento de las dirigidas contra centros hospitalarios o contra compañías aseguradoras, con las que se suele suscribir un contrato o póliza de seguro de responsabilidad civil, que cubre los riesgos de la responsabilidad civil sanitaria.<sup>33</sup>

La exigencia del consentimiento informado para la realización de determinadas intervenciones y la creciente conciencia de que el paciente debe obtener una información del facultativo, clara, accesible, suficiente y contrastada,<sup>34</sup> también han focalizado las reclamaciones por resultados lesivos, o por resultados que no fueran los esperados por el paciente, a pesar de haber empleado el facultativo todos los resortes técnicos y la diligencia más extrema, si el resultado es un daño que el paciente —a quien se le ha despertado una nueva conciencia como usuario o consumidor—, cree que no debe soportar.<sup>35</sup>

<sup>32</sup> STS 10.11.1999, en la que la Sala 1a. mantiene que el médico no se obliga a curar, sino a intentar curar y que cuando el médico realiza un acto profesional, se compromete a emplear la diligencia adecuada, es decir los medios adecuados y no puede garantizar la recuperación de la salud del enfermo.

<sup>33</sup> Artículo 73 y ss., LCS; con detalle, Plaza Penadés, *El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria*, Aranzadi, 2002, pp. 18 y ss.

<sup>34</sup> Varios autores, *El consentimiento informado en neonatología*, Madrid, 2000, pp. 59 y ss.

<sup>35</sup> A partir de 1978, entronca esta nueva conciencia del ciudadano con la protección constitucional de la salud y la integridad de la vida y el desarrollo digno de la personalidad (CE. artículo 10.1; 15; 43, entre otros); E. Jerónimo Sánchez-Beato y M.A. Martín Vida, *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, Madrid, 2002, pp. 19 y ss.; León Sanz (ed.), *La implantación de los derechos de los pacientes*, Pamplona, 2004, donde distintos autores abordan las líneas maestras de este cambio: la Ley 41/2002 de derechos de los pacientes; el derecho a la información; la autonomía del paciente en la práctica clínica; la historia clínica.

A estos aspectos son a los que ahora paso a referirme con cierto detalle. Empezaremos por este último.

### 1. *El consentimiento informado*

La relación médico-paciente ha sufrido grandes cambios en el curso de los últimos años.<sup>36</sup> De una relación de confianza, personalizada, regida por el principio de autoridad indiscutida del facultativo, en un sentido quizá algo paternalista, se ha ido pasando a una relación en la que la voluntad del paciente y los derechos del paciente han venido a ocupar el primer plano.<sup>37</sup> Esta tendencia ha venido siendo abonada por la progresiva consideración del enfermo como usuario o consumidor de los servicios sanitarios<sup>38</sup> y por el crecimiento de la conciencia de que no se deben soportar más que aquellos riesgos que de forma consciente se quieran asumir.<sup>39</sup> Actualmente —y aunque la calidad de mucha información médica deje bastante que desear—, cualquiera puede tener una información somera de sus dolencias con sólo visitar algunas páginas web, lo que ha privado de cierta aura de misterio a las decisiones de los facultativos y ha aumentado la percepción de los pacientes acerca de qué conductas médicas se pueden exigir y qué responsabilidades se pueden reclamar del personal médico sanitario.<sup>40</sup> Los avances de la medicina han ido parejos al crecimiento del temor del enfermo y a que, lo que antaño se consideraba un riesgo asumible,

<sup>36</sup> Las coordenadas legales de la profesión médica están situadas en el marco de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986 de 25 de abril); la más reciente Ley de ordenación de las profesiones sanitarias (Ley 44/2003 de 21 de noviembre); el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (Ley 55/2003, de 16 de diciembre); la Ley de cohesión del sistema nacional de salud (Ley 16/2003 de 28 de mayo).

<sup>37</sup> Simón, *Consentimiento informado*, *cit.*, nota 24, pp. 25 y ss., sobre la evolución de las corrientes de pensamiento que han impulsado la erradicación del paternalismo tutelar (también en el ámbito político, social, económico o religioso), que ha sido sustituido por un régimen de autonomía de la voluntad del individuo, que exige, en el ámbito médico, una información adecuada para la toma de decisiones que afecten a la salud del mismo; véase especialmente, pp. 43 y ss., acerca del nacimiento y desarrollo de la teoría legal del consentimiento informado en Estados Unidos y su influjo en Europa.

<sup>38</sup> *Cfr.* artículo 26 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio); Galán Cortés, *El consentimiento informado del usuario de servicios sanitarios*, Madrid, 1997.

<sup>39</sup> Plaza Penadés, *op. cit.*, nota 33, 20, núm. 8.

<sup>40</sup> Fernández Hierro, *op. cit.*, nota 13, pp. 2 y ss.

conduzca hoy a buscar el porqué de un resultado inesperado y a reclamar la consiguiente responsabilidad del facultativo.

En España se ha plasmado en una legislación tendiente a regular las condiciones en que el paciente y sus familiares o allegados tienen derecho a conocer cualquier información que pueda afectarles en el ámbito sanitario (Sistema Nacional de Salud, elección de centro y médico), y, muy especialmente, la información referente a su estado de salud —diagnóstico, tratamientos alternativos y pronóstico—, en un lenguaje comprensible.<sup>41</sup> Se trata de la ley 41/2002 de 14 de noviembre sobre derechos del paciente,<sup>42</sup> en la que el capítulo II (artículos 4-6) se consagra al derecho de información sanitaria. La pormenorizada regulación que del consentimiento informado hace la ley, dista mucho de haber puesto punto final a las discrepancias doctrinales que aquél sigue suscitando en la doctrina.<sup>43</sup>

La Ley General de Sanidad ya exigía el consentimiento escrito ante cualquier intervención que supusiera un riesgo para el paciente, el problema que sigue sin resolver es la cuestión de la carga de la prueba del consentimiento informado. Hay sentencias que admiten que corresponde al médico probar que cumplió con su deber de información y de obtención del consentimiento por escrito del paciente<sup>44</sup> (lo que supone una inaplicación del principio: *incumbit probatio qui dixit, non qui negat*, o inversión del *onus probandi*). Sin embargo, una corriente jurisprudencial, que reconoce el deber de información como uno de los contenidos de la *lex artis ad hoc*,<sup>45</sup> postula que no debe darse a este deber de información un tratamiento distinto del que se da a otros extremos de la *lex artis* y, en consecuencia, debe ser el paciente quien debe probar que no se le informó acabadamente y que dicha circunstancia está en relación directa (nexo causal) con el daño que reclama contra el facultativo. Así se reconoce en una reciente sentencia de 16 de mayo de 2005, en la misma línea argumental ya iniciada

<sup>41</sup> Artículo 10.5s., Ley 14/1986 de 25 de abril, Ley General de Sanidad.

<sup>42</sup> BOE.15.11.2002, “Ley básica reguladora de los derechos del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. Un pormenorizado comentario ofrece Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, cit., nota 13; Torres García, *Derecho de daños*, 19 (2004), pp. 69 y ss.; Trigo García, *Dereito*, 13, núm. 2 (2004) pp. 229 y ss.

<sup>43</sup> Cfr. Simón, *Consentimiento informado*, cit., nota 24, pp. 362 y ss.

<sup>44</sup> STS 19.4.1999.

<sup>45</sup> SAP de Madrid de 16 de mayo 2005; en el mismo sentido, STS 2.10.1997 y 16.12.1997.

por una sentencia de 25 de abril de 1994<sup>46</sup> que contribuyó a dotar de sustantividad el deber de información de nuestros textos legales, al asociar el consentimiento informado no a una simple información verbal del facultativo —que bastaría para generar responsabilidad—, sino a la exigencia de la protocolización escrita de tal consentimiento;<sup>47</sup> acto que hoy ya es habitual en los centros hospitalarios ante cualquier intervención.

El interés de esta sentencia de 2005 radica en que se hace responsable a la Compañía Aseguradora Adesla,<sup>48</sup> con base en el artículo 1903 del Código Civil, y corresponsable al facultativo por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, pues el paciente, sometido a una operación oftalmológica —de la que se siguieron severas secuelas que le impedían una visión correcta, lagrimeo constante y síndrome ansioso depresivo y estrés postraumático—, suscribió un protocolo de consentimiento informado tan parco y sucinto, que en modo alguno eximía al facultativo de la responsabilidad de un acto (hubo relación causa-efecto) con resultados lesivos para el paciente, con lo que se invierte la carga de la prueba (*onus probandi*),<sup>49</sup> pues no es el paciente que alega el daño quien debe probar la culpa, sino que, ante un resultado desproporcionado *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma), pues la apariencia de negligencia<sup>50</sup> permite deducir una responsabilidad de tipo objetivo que incluye también a la Mutua aseguradora, de cuyo cuadro médico —dado que otro no le era accesible— eligió el paciente al facultativo que llevó a cabo la operación.

<sup>46</sup> STS de 25 de abril de 1994; Simón, *Consentimiento informado*, *cit.*, nota 24, pp. 370 y ss.

<sup>47</sup> Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, artículo 3: “Consentimiento informado: la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”; *cfr.* Rodríguez López, *La autonomía del paciente, información, consentimiento y documentación clínica*, Madrid, 2004; anterior a la ley, sigue teniendo interés, Simón, *Consentimiento informado*, *cit.*, nota 24, pp. 345 y ss.

<sup>48</sup> Una detallada referencia a la sentencia ofrece, Bonilla Sánchez, *Responsabilidad médica*, *cit.*, nota 29, pp. 33 y ss.

<sup>49</sup> De la inmensa bibliografía, puede consultarse siempre, Díaz-Regañón, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, Pamplona, 1996.

<sup>50</sup> En el mismo sentido se ha pronunciado reiteradamente la doctrina angloamericana, coincidente con la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y con la *faute virtuelle* (culpa virtual) de la doctrina francesa. *Cfr.* un útil resumen en, Domínguez Luelmo, *Derecho sanitario y responsabilidad médica*, *cit.*, nota 13, pp. 80 y ss.

## 2. *El eje de la responsabilidad objetiva en el ámbito médico*

Esta quiebra de los tradicionales principios de atribución de responsabilidad por actuación negligente o descuidada,<sup>51</sup> es decir el 1902 y ss. del Código Civil, es claro que se apoya en una interpretación de la *lex artis* que la convierte, cuando se ha producido un daño, en criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con la diligencia debida. Este criterio de normalidad se afirma en algunas sentencias recientes y viene siendo doctrina estable de las más altas instancias judiciales.<sup>52</sup>

En efecto, sin extendernos ahora en la diferencia sustantiva entre responsabilidad contractual y extracontractual, que se atiende básicamente a que la responsabilidad contractual deriva del incumplimiento de una obligación previa libremente asumida por las partes, mientras que la responsabilidad extracontractual aplica el principio *alterum non laedere*, para estimar la responsabilidad de quién causa daño a alguien en su persona, bienes o derechos,<sup>53</sup> sí hay diferencias sobre todo en el tema de carga de la prueba y en el tema de la prescripción de la acción.<sup>54</sup>

<sup>51</sup> Literatura general sobre responsabilidad civil, en Llamas Pombo, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.

<sup>52</sup> STSJ de Cataluña de 3 de octubre de 2003, por la que se condena a la administración a indemnizar a un paciente al que, por no habersele practicado oportunamente una prueba de TAC, se le produjeron secuelas neurológicas graves (paresia de las extremidades inferiores y la sintomatología propia de la llamada cola de caballo), pues el tiempo transcurrido entre la primera intervención y la segunda, el retraso en la práctica de una prueba diagnóstica que hubiera podido determinar la gravedad clínica del posoperatorio y, en suma, la deficiente asistencia prestada al paciente, fueron determinantes para que se siguieran tan graves lesiones.

<sup>53</sup> Artículo 1902 y ss., Código Civil.

<sup>54</sup> La complejidad del problema, se percibe con sólo mencionar que abarca cuestiones de tanto calado —y que aún no tienen una toma de posición definitiva en la doctrina— como la propia naturaleza de la responsabilidad médico sanitaria, la apreciación de la prueba o el grado de diligencia exigible al profesional médico. En tema de responsabilidad civil (no siempre en responsabilidad civil médica), la tendencia ha sido hacia la objetivación de la responsabilidad por medio de un prolijo desarrollo legislativo, que trataba de proteger a la víctima del daño (*favor victimae*), incluso en situaciones de mera exposición a un riesgo sin resultado dañoso. Las interpretaciones jurisprudenciales, sin embargo, habían sido hasta hace poco divergentes, con un claro desequilibrio en contra de tal tipo de interpretaciones objetivadoras en materia de responsabilidad médico sanitaria.

Por lo tocante a la carga de la prueba,<sup>55</sup> sabido es que corresponde al deudor la carga de exonerarse de responsabilidad probando que actuó con la diligencia exigible al caso en la responsabilidad contractual, mientras que en la responsabilidad extracontractual recae la carga de la prueba sobre la víctima que alega el daño, que fue ocasionado por una conducta negligente imputable al demandado. Sí es cierto que el sustrato de la cuestión es siempre la culpa aquiliana como frontera entre conductas reclamables o no y el parámetro de conducta que se establece es el de un buen padre de familia (del artículo 1104.2, Código Civil),<sup>56</sup> que, en lo tocante a la responsabilidad médica se especifica con la alegación de la *lex artis ad hoc*.

En cuanto a los plazos de prescripción, sí hay entre responsabilidad contractual y extracontractual (o aquiliana) una diferencia notable, dado que mientras que el plazo de prescripción de la responsabilidad contractual es de un año a contar desde la causación del daño,<sup>57</sup> las obligaciones extracontractuales, de no tener señalado un plazo específico, prescriben a los quince años.<sup>58</sup> Esta diferencia cuestionable al día de hoy (y que en el derecho comparado ha encontrado mejor solución recientemente en Alemania),<sup>59</sup> en el campo de la responsabilidad médica conduce a que se presume que la responsabilidad médico-sanitaria es contractual. Sin embargo, a nadie se le oculta cuán difícil es establecer una distinción nítida entre ambas responsabilidades en los casos concretos de daños médicos,<sup>60</sup> por lo que la jurisprudencia viene estableciendo que será la víctima del daño quien podrá elegir entre una u otra vía de reclamación, subsidiaria o alternativamente, acudiendo a la acción extracontractual siempre que la negligencia cometida sea extraña a lo que constituye la *lex artis*.<sup>61</sup>

<sup>55</sup> De Ángel Yágüez, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, Madrid, 1999; Llamas Pombo, *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, Homenaje al profesor Moreno Quesada, II, Granada, 2000, pp. 911 y ss.

<sup>56</sup> Artículo 1104.2, Código Civil.

<sup>57</sup> Artículo 1968.2, Código Civil.

<sup>58</sup> Artículo 1964, Código Civil.

<sup>59</sup> En Alemania se ha unificado en el 2001, con carácter general, el plazo de prescripción de las responsabilidades contractual y extracontractual en tres años; *cfr.* Gesetz zu Modernisierung des Schuldrechts, de 11.10.2001, publ. 29.11.2001.

<sup>60</sup> STS.6.10.1992.

<sup>61</sup> SAP de Barcelona 13.7.1999, condena al ginecólogo por “la tranquilidad y calma inaceptable ante la existencia de un hecho que implicaba complicación en el parto, no adoptando ninguna medida de control específica que permitiese evidenciar cualquier síntoma de sufrimiento fetal”, en este caso se hace corresponsable a la matrona también por infracción de *lex artis* y se exculpa a la Compañía Aseguradora (JPI de Madrid, 23.3.2001).

En definitiva la mayor objetivación o cuasiobjetivación de la responsabilidad, con base en la infracción de la *lex artis*, constituye el eje sobre el que se desarrolla una jurisprudencia tendiente a valorar el interés del paciente,<sup>62</sup> cuando éste sufre un daño desproporcionado o enorme, o bien imprevisible en un tratamiento o intervención médica. La reluctancia de los tribunales a invertir el *onus probandi*, en caso de responsabilidad médica, también se ha debilitado en sentencias muy recientes cuando se aducen, como argumento en favor del paciente, los artículos 26 y 28 de la Ley 26/1984 de 19 de julio para la defensa de los consumidores y usuarios, que deducen una responsabilidad de tipo objetivo o de resultado.<sup>63</sup> Se echa de menos, sin embargo, una línea argumentativa clara que vertebré las decisiones de nuestros tribunales, pues el actual panorama jurisprudencial conduce a situaciones de cierta contradicción por la aplicación simultánea o acumulada de dos principios de responsabilidad tan distantes como son los que dimanán del artículo 1902 y del articulado de la Ley del Consumidor, pues la responsabilidad médico-sanitaria se convierte al mismo tiempo en subjetiva y objetiva.<sup>64</sup>

### 3. La llamada culpa virtual de la administración pública<sup>65</sup>

La tendencia a limitar la responsabilidad objetiva de la administración sanitaria es fruto de la exagerada proliferación de demandas contra facultativos que prestan sus servicios en centros del Insalud y que terminan con una condena al centro por aplicación del principio de la *culpa in vigilando*.<sup>66</sup> En ocasiones se ha llegado a hablar, siguiendo la estela de la doctrina francesa, de culpa virtual de la administración sanitaria, siempre que se produjera un resultado desproporcionado, en aquellos supuestos en que sea difícil demostrar la culpa del facultativo, o en los casos en que no se ha cometido culpa alguna.

<sup>62</sup> STS 29.7.1994; 2.12.1996; 21.7.1997; 19.11.1998.

<sup>63</sup> STS 29.11.2002 (ponente, señor O'Callaghan Muñoz).

<sup>64</sup> STS 31.1.2003 (ponente, señor Marín Castán).

<sup>65</sup> Romero Coloma, "Responsabilidad civil médica y culpa virtual de la administración pública sanitaria", *Actualidad Administrativa*, 9 de mayo de 2005.

<sup>66</sup> Artículo 1903.4; artículo 28, LGDCU.

Frente a esta nueva versión de la ya extensísima noción de culpa, no han dejado de levantarse voces críticas.<sup>67</sup> Sin embargo la inflexión de esta tendencia a la objetivación,<sup>68</sup> en algunos casos exagerada, viene de la mano de una corriente doctrinal que está despuntando en la Audiencia Nacional, al exigir la quiebra de la *lex artis* como un requisito inexcusable para declarar la responsabilidad de la administración. La culpa vuelve, pues, a entrar en una jurisdicción, la contenciosa, de la que venía siendo excluida, lo que, de rechazo, empieza a limitar la responsabilidad de los centros públicos hospitalarios (Insalud y sus homólogos autonómicos).

La responsabilidad patrimonial objetiva de la administración —se argue—, no supone que nazca siempre obligación de indemnizar cuando hay una lesión o un funcionamiento anormal o fuera de lo previsto de los servicios sanitarios, sino que debe existir un nexo de causalidad objetiva y tal nexo de causalidad no es otro que el criterio de la *lex artis*, como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta. El matiz diferencial estriba en que recientemente se viene insistiendo en que, independientemente del resultado producido en la salud o la vida del enfermo, ni la ciencia ni la administración pueden responder en todo caso por los daños causados, ni garantizar a toda costa la salud del paciente. Por ello, sólo si hay infracción de la *lex artis* responde la administración de los daños causados, de lo contrario los perjuicios no pueden imputarse a la administración ni tienen la condición de antijurídicos, por lo que deben ser soportados por el perjudicado.

En definitiva, parece que, con esta vuelta al criterio de la culpa, la administración está cubriéndose del riesgo que supone un exceso interpretativo en el tema de objetivación de la responsabilidad médica. En palabras de un conocido especialista en derecho administrativo, “En España y en toda Europa retornará —también en lo contencioso— el principio de la culpa, porque como sigamos por este camino, no habrá quien pague la prima del seguro”.<sup>69</sup>

<sup>67</sup> Díaz Regañón, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica, hechos y derecho*, Pamplona, 1996.

<sup>68</sup> Cfr. en referencia a Canadá, Chapman, “Controlling the Costs of Medical Malpractice: an Argument for Strict Hospital Liability”, en Dickens (ed.), *Medicine and the Law*, Aldershot, 1993.

<sup>69</sup> Almagro, *Jornadas sobre Responsabilidad Médica* (DM, 20 de diciembre de 1999).

#### 4. *Nuevas tendencias interpretativas de la jurisprudencia*<sup>70</sup>

Las últimas tendencias interpretativas de la jurisprudencia, algunos de cuyos rasgos determinantes ya hemos ido exponiendo, vienen en los últimos años condicionadas por algunos cambios importantes en la sociedad y en el mismo desarrollo científico.

En orden a los primeros, además de los ya apuntados (un umbral de tolerancia cada vez más bajo en relación con el sufrimiento; información previa del paciente; consideración del paciente como usuario de los servicios de sanidad) hay que situar el culto a la propia imagen o deseo de reforma o mejora de la apariencia física (que, por cierto, ya no es un deseo exclusivo de las mujeres). En este sentido, cada día se practican más intervenciones de la llamada medicina satisfactiva, particularmente operaciones de cirugía estética. En estos casos, la jurisprudencia adhiere la consideración de los actos médicos al contrato de arrendamiento de obra, pues lo que se espera de ellos es un resultado determinado.<sup>71</sup>

En cuanto a los segundos, a saber, los riesgos derivados de los nuevos umbrales que ha alcanzado la ciencia médica, hay que destacar particularmente los problemas bioéticos derivados de las transfusiones de sangre y hemoderivados, de los trasplantes de órganos y de las nuevas técnicas genéticas de investigación (reproducción asistida, manipulación de embriones, tratamiento de enfermedades causadas por alteraciones cromosómicas, clonación terapéutica).<sup>72</sup>

A este respecto, la doctrina se ha visto obligada a ensanchar algunas consideraciones que son calificadas como muy sectoriales por la recepción de criterios orientadores procedentes de las directivas comunitarias, como ha sido la priorización del interés y respeto del paciente a través del consentimiento informado.

<sup>70</sup> O'Callaghan Muñoz, *Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad médica*, AC 1, 2001; Plaza Penadés, *op. cit.*, nota 33, pp. 49 y ss.

<sup>71</sup> Galán Cortés, *Responsabilidad*, *cit.*, nota 13, pp. 313 y ss.

<sup>72</sup> Jerónimo Sánchez-Beato, E., y Martín Vida, M. A., *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, Madrid, 2002, pp. 74 y ss.

## IV. UNA REFLEXIÓN HISTÓRICA

Está por hacerse una historia de las profesiones médicas en Roma. Hay una abundantísima bibliografía sobre este tema,<sup>73</sup> pero queda pendiente un estudio que cuente con los datos que pueda suministrar la epigrafía; no puede olvidarse que la denominación del médico general es bastante variada, así como las denominaciones de los distintos especialistas. Quizá una búsqueda metódica de las inscripciones donde aparezcan los términos: *medicus, fisicus, clinicus, chirurgus, opthalmicus, ocularius, auricularius, archiatera, duplicarius, vulnerarius, aliptes, iatralipta, incubator*, pueda arrojar nueva luz sobre la realidad social y jurídica del ejercicio de la medicina en Roma. Sí se sabe de la gran consideración social que el ejercicio de las distintas actividades de sanación del enfermo tuvo, precisamente por gozar desde la época cesariana de amplias exenciones fiscales,<sup>74</sup> que se prolongaron hasta la época bizantina. Pero no mucho más. Sí se sabe que la práctica de la medicina estuvo muy frecuentemente en manos de esclavos y de libertos. No hay más que recordar la petición de Plinio, siendo gobernador de Bitinia, al emperador Trajano de concesión de la ciudadanía romana en agradecimiento a su médico masajista Harpocras —gracias a cuya intervención había recuperado la salud— y el interesante conflicto que dicha petición genera, por ser titular el médico de la ciudadanía alejandrina.<sup>75</sup>

Si se quiere entrar en la posición jurídica de los médicos en Roma, tiene que aludirse a varias cuestiones que, a pesar de haber hecho correr ríos de tinta, siguen sin encontrar un acuerdo unánime en la doctrina. Me refiero a:

- La inclusión o no de la medicina entre las llamadas artes liberales.

<sup>73</sup> Aún se consulta con provecho, Below, *Der Arzt im römischen Rect.*, Manchen, 1953; un resumen de las principales teorías se puede ver en Núñez Paz, *La responsabilidad de los médicos en derecho romano*, Gijón, 1996.

<sup>74</sup> Agudo Ruiz, *Los privilegios de los médicos en el derecho romano*, Ius fugit 8-9 (1999-2000), pp. 205 y ss.

<sup>75</sup> Pulciano, *Il diritto privato romano nell'epistolario di Plinio il Giovane*, Torino, 1913, pp. 183 y ss.; Vidman, *Étude sur la correspondance de Pline le Jeune avec Trajan*, Praga, 1960; Williams, *Formal and historical Aspects of two new Documents of Marcus Aurelius*, ZPE 17 (1975), pp. 58 y ss.; además, Taubenschlag, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, Warszawa, 1955, 586 y núm. 24; Meyer, *Zum sogenannten Gnomon des Idioslogos*, Berlín, 1928, pp. 32 y ss.

- La incidencia de la exención de impuestos y gravámenes fiscales en la posición jurídica de los médicos.
- La pertenencia o no de la actividad médica al ámbito de la *locatio conductio* y, en caso afirmativo, su adscripción o acercamiento al contrato de arrendamiento de cosa (*locatio conductio rei*, “*Dienstvertrag*”) o de obra (*locatio conductio operis*, “*Werkvertrag*”), o a lo que suele entenderse como una variante del arrendamiento de cosa, que es la *locatio conductio operarum* (arrendamiento de servicios).
- La responsabilidad derivada de actos médicos causantes de daños o lesiones.

Dejando de lado las dos primeras cuestiones, y centrándonos en la inclusión o no de la práctica de la medicina en el campo del contrato de arrendamiento, conviene precisar que en Roma el contrato de arrendamiento (como la doctrina desde Arangio-Ruiz, Brasiello y, sobre todo Amirante<sup>76</sup> y más recientemente Mayer-Maly, admite) constituye una unidad conceptual que parte de un mismo esquema de negocios;<sup>77</sup> la tripartición es ajena totalmente a la jurisprudencia romana y se crea, como muy acertadamente ha puesto de relieve Luciano Spagnuolo Vigorita,<sup>78</sup> por intervención de la doctrina pandectística alemana. No produce por ello ninguna confusión dentro de esa unidad de la figura contractual que el objeto de la *locatio conductio* sea la persona misma del trabajador-arrendador, o que sea la del trabajador que se arrienda a otro, y no las obras, puesto que las obras no son restituibles. En otros términos, *operas suas* o *servi locare*, que equivale a *locare se* o a *locare*

<sup>76</sup> En este sentido, para los juristas romanos, la *locatio conductio* es una figura muy elemental, que tiene puntos de contacto con la *emptio venditio*, pues entonces se da algo definitivamente a alguien mediante precio, o se atribuye ese algo a una *societas* para que los socios la utilicen para los fines societarios, o bien se da ese algo temporalmente a alguien que lo restituirá posteriormente y pagará una cantidad en tanto está disfrutando temporalmente de ese bien, Amirante, pp. 48 y ss.

<sup>77</sup> Es el *locator* quien “coloca” una cosa en manos del *conductor*, bien para que éste obtenga durante un cierto tiempo una ventaja, o bien para que lleve a término un encargo del *locator*. Ambas variantes de arrendamiento tienen en común el pago de una *merces*, que desembolsa quien obtenga la ventaja de la locación; *merces* que debe ser determinada (Gai. 3, 142).

<sup>78</sup> L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro. Problema storici-critici*, Nápoles, 1967, pp. 76 y ss.; 138 y ss.

*servum*, no presenta gran diferencia con el fundo que se arrienda bien *colendum*, bien *fruendum*, la finalidad del arriendo no influye entonces en la naturaleza del contrato.<sup>79</sup>

En este sentido, resulta muy clarificador advertir que la dicotomía actividad-resultado no es una creación de la jurisprudencia romana, a quien semejante emparejamiento para nada afecta a la noción del contrato, sino que procede de la codificación napoleónica, por exigencias político-económicas más que técnico-jurídicas. Así, por ese cauce poco podemos poner en relación la actividad médica en Roma con la que hoy en día se encuadra dentro de la órbita laboral que precedentemente hemos descrito.

En cambio, la objetivación de la responsabilidad sí tiene una respuesta creativa y original que puede y debe remontarse al derecho romano. Dicho tipo de responsabilidad se vertebra desde el derecho pretorio, a través de acciones *in factum* en las que el demandante no tiene que invocar la *culpa* o el *dolus* del responsable del perjuicio sufrido por la víctima (es decir, los presupuestos habituales de las acciones penales) sino que basta con que invoque un *factum*, un simple hecho, sin alusión a aquellos parámetros clásicos de atribución de responsabilidad, para que pueda entablarse una acción por un acto (ilícito o no) del que se siga un perjuicio para los bienes, los derechos o la salud de los ciudadanos.<sup>80</sup> La maximización de esta objetivación de la responsabilidad, se encuentra en la posibilidad de demandar por la creación de una situación de riesgo, independientemente de que se haya producido un resultado. Me refiero, como puede colegirse de lo que vengo diciendo, a las figuras que suelen encuadrarse dentro de la categoría de los llamados cuasidelitos.<sup>81</sup>

<sup>79</sup> D.7,7,3; h.t.4.

<sup>80</sup> De la abundantísima bibliografía, Zimmermann, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1992, pp. 1095 y ss., y 1126 y ss.; Christian Thomasius, "The reception of Roman Law and the history of the *lex Aquilia*", pp. 60 y ss., en Hewett (ed. y tr.), *Larva legis Aquiliae, the mask of the lex Aquilia torn off the action for damage done. A legal treatise by Christian Thomasius*, Oxford-Portland-Oregon, 2000.

<sup>81</sup> Hochstein, *Obligaciones quasi ex delicto* (Stuttgart-Berlín-Köln 1971); Giménez-Candela, *Los llamados cuasidelitos*, Madrid, 1990; "Una perspectiva histórica de la responsabilidad objetiva", *Roma e America. Diritto Romano Comune*, 8 (1999) pp. 117 y ss.

Precisamente, a pesar de que la Ley Aquilia cubría un espectro de conductas tan amplio y flexible, el Pretor fue incluyendo en el edicto nuevos supuestos de reponsabilidad que, por no ajustarse a los previstos en el tenor legal del texto aquiliano —por introducir nuevos supuestos de responsabilidad o por aparición de nuevos riesgos sociales—, precisaban de una regulación independiente que cubriera la responsabilidad originada por nuevas conductas. Estaba en juego —como está hoy, siempre que la sociedad se sensibiliza ante los cambios—, que el ordenamiento jurídico dé una respuesta acabada y proclive a adaptarse a las nuevas necesidades sociales.