



El error de diagnóstico y sus consecuencias

AUTOR: Bernat Hayles Gual De Torrella

TUTOR: Cristina Gil Membrado

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
1. CONCEPTO ERROR DE DIAGNÓSTICO.....	4
2. OBLIGACIÓN DE DIAGNÓSTICO.....	6
3. LEX ARTIS MÉDICA.....	7
4. LA CULPA.....	9
4.1. CONCEPTO DE CULPA.....	9
4.2. ¿LOS ERRORES DE DIAGNÓSTICO GENERAN SIEMPRE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA?.....	10
4.3. LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ERROR DE DIAGNÓSTICO.....	12
4.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD.....	14
4.5. LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD TOTAL EN EL ERROR DE DIAGNÓSTICO.....	15
4.6. TENDENCIAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL ERROR DE DIAGNÓSTICO.....	16
5. EL PERJUICIO.....	17
5.1. LA PERDIDA DE OPORTUNIDAD.....	18
5.2. LA MEDIDA DEL PERJUICIO.....	20
5.2.1. <i>El perjuicio computable</i>	20
5.2.2. <i>Daños patrimoniales</i>	21
A. Daño emergente.....	21
B. Lucro cesante.....	23
5.2.3. <i>Daños no patrimoniales</i>	23
A. Daños corporales.....	23
B. Fallecimiento.....	24
C. Daños morales.....	25
5.3. BAREMOS.....	26
CONCLUSIONES.....	27
BIBLIOGRAFÍA.....	29

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se analiza el tema de la responsabilidad civil médica, y más en concreto, el error de diagnóstico, así como las consecuencias jurídicas que éste conlleva.

Para encuadrar la cuestión, debemos definir qué es un diagnóstico médico. Éste, según nos remitimos al Diccionario de Medicina, dice ser la parte de la medicina que tiene por objeto la identificación de la naturaleza de una enfermedad basándose en la observación de los síntomas o signos que presenta un enfermo, o los datos obtenidos mediante el historial clínico y los exámenes complementarios, físicos, analíticos, etc. Además, SÁNCHEZ¹ define el diagnóstico como el acto central de la medicina clínica.

Luego, la palabra diagnóstico se utiliza en dos sentidos. Por un lado consiste en el proceso que el médico emprende cuando quiere conocer el estado de un determinado paciente. Y por otro, también se llama así al resultado del conocimiento al que llega el médico como consecuencia del anterior proceso.²

Por consiguiente, partiendo de la definición que nos otorga el Diccionario de Medicina, se puede entender que el diagnóstico médico es utilizado como instrumento de interpretación a través del cual es posible identificar patologías, síndromes o enfermedades que pueden presentar las personas. Se trata por tanto de un “juicio clínico” o análisis sobre el estado psíquico y físico de un paciente.

Con este trabajo se pretende explicar la importancia del diagnóstico médico y todo aquello que éste conlleva en materia de responsabilidad civil. Partiendo de en qué consiste un diagnóstico, hasta determinar la obligación que tienen los médicos de realizar dicho diagnóstico, siguiendo unas pautas muy tasadas y, efectuando todas las pruebas que estén a su alcance conforme a la sintomatología que presente el paciente para reducir al máximo las posibilidades de errar en el diagnóstico, sin olvidar el cuidado objetivamente debido que proclama la Lex Artis.

No obstante, todos sabemos que errar es humano y que la ciencia médica no es exacta. Entonces puede ocurrir que el diagnóstico no sea acertado y que ello provoque un

¹ M.A. SÁNCHEZ, *Historia, Teoría y método de la medicina*, 2002, p. 223.

² CUNDÍN-OLAETA, *Vocabulario Médico*, 2011.

agravamiento de la situación del paciente provocando un daño superior al que debería haberse producido. En estos casos habrá que ver si el facultativo actuó con la diligencia que se le exige y si realizó todo lo que estaba en su mano para acertar en el diagnóstico, o por el contrario cayó en una negligencia o imprudencia que desencadenarían una responsabilidad civil por error de diagnóstico.

En estos supuestos hablaremos de la culpa y su relación causal del hecho producido con el resultado obtenido, así como la extensión de la responsabilidad civil derivado de los distintos tipos de daños que se pueden producir y como se podrían cuantificar en una eventual indemnización por error de diagnóstico en el campo del Derecho Civil. Todo ello siguiendo la jurisprudencia más relevante del Tribunal Supremo y los estudios de autores con reconocido prestigio sobre la materia.

1. CONCEPTO DE ERROR DE DIAGNÓSTICO

Para empezar, la ciencia médica no es una ciencia exacta por ello un error de diagnóstico no debería ser susceptible de generar responsabilidad civil.

Lo que realmente sí genera responsabilidad es la falta de realización de pruebas diagnósticas adecuadas dada la clínica y sintomatología que el paciente presenta, por lo tanto susceptibles de reclamaciones por error de diagnóstico.

Visto de este modo, que el profesional sanitario o médico erre en su diagnóstico puede provocar un empeoramiento de la enfermedad por una ausencia del tratamiento correcto o porque se haya otorgado un tratamiento que sea contraindicado para la enfermedad en cuestión.

En consecuencia, el diagnóstico debe hacerse en el tiempo correcto y se han de realizar las pruebas adecuadas conforme a la sintomatología del paciente, si no fuese así se provocaría un empeoramiento del pronóstico por demora del tratamiento. Por lo tanto sería susceptible a reclamaciones.

El fundamento oportuno de la posible futura reclamación recaerá en determinar, si en el momento en el que se emite el diagnóstico, éste era insuficiente debido a que el paciente

presentaba una simptomatología que era imperante la necesidad de realizar más pruebas de las hechas, o incluso realizar un diagnóstico completamente contrario al perpetrado debido a que el paciente presentase otras patologías. En consecuencia generaría un daño en el paciente que podría ser reclamable.

En estos supuestos muchas veces intervienen errores burocráticos, prisas, entre muchas otras cosas, y el resultado es que el paciente acaba soportando las consecuencias negativas.

Este tipo de daño es propio de los servicios de atención primaria y especializada ambulatoria; pero también es común en el contexto hospitalario en pacientes que llevarían tiempo hospitalizados sin mejoría y sin saber que su diagnóstico es erróneo porque se arrastra un error de valoración de una prueba que quizá se realizó en los momentos del ingreso.

La jurisprudencia ha reconocido que el error, por sí no es constitutivo de responsabilidad. El Tribunal Supremo precisa que el error de diagnóstico no es tipificable como delito ni como falta salvo que constituya un error inexcusable. La sentencia de 5 de julio de 1989³ señala:

“Existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido hay que recordar lo siguiente:

- 1) Que por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.
- 2) Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.
- 3) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas, huyendo de todo tipo de generalizaciones censurables.

La imprudencia nace cuando el tratamiento médico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión con enfermedad, que olvidando la Lex Artis conduzcan a resultados lesivos para las personas”.

El Tribunal Supremo señala cinco pautas generales en materia de imprudencia médica:

³ STS 5 de julio de 1989. RJ 1989\6091, Westlaw (Aranzadi)

- 1.- Que el error de diagnóstico no es constitutivo de delito. Criterio sentado en consonancia con lo que la doctrina ha entendido de manera casi unánime, y que se basa en la falibilidad del conocimiento humano y en la imprecisión de la ciencia médica.
- 2.- Que por excepción al anterior, el error de diagnóstico importante puede constituir un delito. También sobre este particular la jurisprudencia se muestra de acuerdo con la doctrina: aunque habría que matizar que lo que no ofrece es una diferenciación de cuándo el error de diagnóstico constituye simplemente culpa civil y cuándo es tan patente como para ser motivo de punición penal.
- 3.- Que para atender a la responsabilidad concreta habrá que examinar cada situación de acuerdo con la denominada Lex Artis.
- 4.- La jurisprudencia ha puesto énfasis en la infracción de los deberes de cuidado o vigilancia y en la falta de agotamiento de las medidas mínimas necesarias como constitutivos de la imprudencia penal.
- 5.- Los defectos del material y de los productos no son constitutivos de imprudencia, salvo que fuera el médico imputado el que tenía que revisar el material defectuoso.

2. OBLIGACIÓN DE DIAGNÓSTICO

La obligación del diagnóstico es primordial porque hace claramente referencia a los deberes propiamente médicos y conlleva una cierta complejidad debido a sus múltiples interpretaciones quedando patente la variedad de teorías jurídicas sobre el alcance de la responsabilidad médica.

Es importante resaltar que la falta de la prueba médica en el diagnóstico será mucho más complicado de demostrar que la infracción por el médico de otros deberes legales.

Un diagnóstico está constituido por el conjunto de actos médicos que tienen por finalidad la constatación de la naturaleza y trascendencia de la enfermedad que sufre el enfermo.

Esta intervención primaria del médico, conjunto con las pruebas y análisis pertinentes, son primordiales debido a las consecuencias que conllevan pues el tratamiento ulterior dependerá del diagnóstico previo.

Se trata de una tarea de las más complejas como señala DE LA QUINTANA FERGUSON: «La variedad de procesos patológicos es infinita, confusa, equívoca y llena de síntomas análogos, comunes o

insólitos, tan difíciles de interpretar como que suelen tener sentidos muy opuestos y contradictorios. El médico se mueve en plena hipótesis, en cuyo terreno esa especie de sexto sentido que es el ojo clínico le es más útil, como advierte MARAÑÓN, que los más profundos saberes científicos. Ya puede ser sabio y experto, que cada día encontrará una nueva sorpresa ante la que desconcertarse. Casi siempre serán varios los diagnósticos que se le presentan como posibles y acertados».⁴

Por eso la doctrina ha entendido que el error de diagnóstico, a menos que sea caracterizado como grave, no puede comprometer la responsabilidad del médico.

Y la sentencia de 17 de julio de 1982 de la sala 2ª del Tribunal Supremo⁵ señala: “Que es unánime la reiteración con la que los tratadistas de la responsabilidad médica, advierten de la enorme dificultad que entraña el tema por tratarse la medicina de una ciencia que por definición es inexacta”.

3. LEX ARTIS MÉDICA

La Lex Artis nos dice que “la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. La jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo se ha referido a la Lex Artis, que fue introducida en la jurisprudencia por la Sala de lo penal del Tribunal Supremo, habiéndola recibido ésta a su vez de la doctrina científica alemana. «La Lex Artis señala una serie de reglas técnicas o procedimientos aplicables a situaciones semejantes: pero a pesar de esto, siempre ha de ir referida al caso concreto por las variedades que puede presentar con la situación típica prevista por la ciencia médica. En este sentido, puede decirse que el contenido de la Lex Artis es variable, según las diversas circunstancias con que se enfrente el facultativo: material, lugar, personal ayudante, etc. Pero dentro de estas circunstancias en que se encuentre y en relación al caso concreto que deba intervenir, las

⁴ DE LA QUINTANA FERGUSON: *La Responsabilidad Civil del Médico*, 1949.

⁵ STS de 17 de julio de 1982. RJ 1982\4693, Westlaw (Aranzadi)

exigencias de la Lex Artis son siempre las mismas. No obstante, aquí se plantea de nuevo la relación y distinción de la Lex Artis con el cuidado objetivamente debido».⁶

Por lo tanto en lo concerniente al error de diagnóstico, estos siempre estarán manifiestos en la profesión médica en la medida de que solo se puede exigir al facultativo que efectúe las precisas comprobaciones, los controles necesarios, pruebas y apreciaciones para evitar o reducir al mínimo un eventual resultado lesivo para la salud del paciente. Y en ningún caso se le podrá imputar la responsabilidad objetiva según la cual el resultado pueda imputarse a la asistencia prestada.

Por lo tanto, para determinar si existe responsabilidad médica se utiliza el criterio básico de la jurisprudencia en estos casos, que es la Lex Artis ante la ausencia de criterios normativos que determinen cuando las actuaciones de los servicios sanitarios actúan de manera óptima. En consecuencia, lo que nos viene a decir la Lex Artis es un criterio de normalidad de actuación de los profesionales sanitarios que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental para determinar los posibles supuestos en los que puede incurrir un profesional sanitario en responsabilidad. No solamente responsabilidad por el elemento de la lesión sino por la infracción de la Lex Artis que es la demostración de la infracción del criterio de normalidad en lo relativo a las pruebas pertinentes y necesarias en correspondencia a la sintomatología manifestada por el paciente.

El Tribunal supremo define la Lex Artis del siguiente modo: con el de “estado del saber” y sólo considera daño antijurídico aquel que no supera el “parámetro de normalidad”, en que, en definitiva, acaban traducándose los dos conceptos anteriores. Nosotros, junto con la Jurisprudencia mayoritaria, podemos mantener que no se reputa como elemento constitutivo de la imprudencia el hecho de carecer el facultativo de una pericia más allá de la ordinaria y que sus conocimientos tengan que considerarse extraordinarios o de cualificada especialización se deduce que el deber de cuidado médico sobre el que ha de construirse el ilícito procedente de un error de diagnóstico es el correspondiente al profesional medio dentro del mismo ámbito en que actuaría otro profesional del ámbito médico con unos conocimientos ordinarios para la labor curativa que asume. En base a lo anterior, resulta que incurrirá en un delito o una falta

⁶ véase ROMEO CASABONA, *El Médico y el derecho penal*, Barcelona 1981, págs. 161 y ss.

penal el profesional que, por no alcanzar ese nivel, infringe la norma de cuidado y, además, lesiona o perjudica la salud del paciente.

(Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de junio de 1981, de 5 de julio de 1989, de 1 de diciembre de 1989 y de 4 de noviembre de 1991, entre otras).

En definitiva la Lex Artis es un parámetro de conducta más que una concreción de los deberes.

En cuanto a la Lex Artis ad hoc hay una mayor concreción en lo que concierne a las reglas de medición de conducta a tenor y en función de las normas de la profesión médica. En conclusión la Lex Artis ad hoc según señala MARTINEZ-CALCERRADA: «cada acto una ley, en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección —es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad— la preexistencia de una Lex que así lo juzgue, o , incluso y en razón de la peculiar gestación de éste en relación con aquél, se podría hasta opinar que es el mismo acto que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo».⁷

En consecuencia será una remisión a las normas médicas, las cuales tendrán que determinar caso por caso si puede existir responsabilidad.

4. LA CULPA

La culpa es el elemento imprescindible para la estimación de la existencia o no de la responsabilidad civil. Se traduce en una falta de diligencia y previsión.

4.1. CONCEPTO DE CULPA

La doctrina viene diciendo que para que pueda nacer responsabilidad civil debe existir una actuación culposa como señala DE ÁNGEL YAGÜEZ, una garantía: «Responderemos solo de nuestros actos culpables. Podríamos asegurar que es una doctrina que nos tranquiliza, en cuanto todos nosotros somos potenciales causantes de daño a los demás. Nuestra libertad es

⁷ *Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*, Madrid, 1992.

clave de nuestras responsabilidades y por ello quedamos a cubierto de cuantos efectos sean debidos a circunstancias ajenas a nuestro querer».⁸

TRAVIESAS⁹ distingue culpa en derecho lato, que es todo acto u omisión imputable a una persona y lesivo para el derecho de otra, la cual comprende al dolo. La culpa en sentido estricto, apoyándose en el artículo 1.104¹⁰ del Código Civil, es la omisión de la diligencia exigida a la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

4.2. ¿LOS ERRORES DIAGNOSTICOS GENERAN SIEMPRE RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA?

No siempre cuando ocurre un error de diagnóstico deriva de responsabilidad civil médica. Las razones son las siguientes:

1.- El daño es requisito indispensable para que concurra la responsabilidad civil según el artículo 1902 del Código Civil “el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia está obligado a reparar el daño causado”.¹¹

Por lo tanto, un error de diagnóstico no lleva aparejado necesariamente un daño, y para que haya responsabilidad, el daño debe ser cierto y objetivamente demostrable. En consecuencia si no hay un daño no hay responsabilidad civil.

2.- Será imprescindible demostrar el “nexo de causalidad” entre el error de diagnóstico y el resultado final. Es decir, si no se prueba una relación causa efecto entre la conducta del

⁸ *Diagnósticos genéticos prenatales y responsabilidad*, segunda parte del publicado en «Revista de Derecho y Genoma Humano», nº5, julio-diciembre de 1996.

⁹ Derecho Civil, tomo II, vol. I, Barcelona 1983, pág. 170.

¹⁰ Artículo 1104 del Código Civil “La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia”.

¹¹ Artículo 1902 del Código Civil “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

facultativo que supuestamente erró en su diagnóstico y el perjuicio sufrido por el paciente, el médico no incurre en responsabilidad. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 719/2005 de 6 de octubre declara: “El Tribunal Supremo desestimó las pretensiones de la familia del fallecido, considerando la inexistencia de nexo de causalidad entre la acción negligente y el daño producido”.¹² Para determinar la relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño, es de aplicación el principio de *causalidad adecuada*, que exige la determinación de si la conducta generadora del daño es generalmente apropiada para producir un resultado de tal clase.

3.- Se debe demostrar si no se cumplió con la Lex Artis, es decir, si el médico actuó con imprudencia o negligencia en la realización del diagnóstico. Si el profesional de la medicina logra demostrar que actuó con la diligencia debida y cumplió los deberes a su cargo así como la Lex Artis, no existirá responsabilidad civil aunque el diagnóstico este errado y se haya producido un daño.

4.- Según la jurisprudencia, los médicos tienen la obligación de medios y no de resultados. Así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 167/2006 de 15 de febrero.¹³ El Tribunal entiende que la conducta de los médicos fue en todo caso diligente, pues aun que se hubiera detectado el cáncer de próstata con anterioridad, no se puede garantizar que la víctima hubiese sobrevivido. En este sentido entiende la *Lex Artis ad hoc* que los médicos tienen la obligación de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, una vez realizadas todas las comprobaciones pertinentes, los médicos tiene la obligación de medios y no de resultados. Al médico, según nos dice MARTÍNEZ,¹⁴ lo que se le exige es que actué de forma diligente y prudente conforme a la Lex Artis, las reglas de medición de conducta, la actuación médica adecuada, una técnica apropiada a la experiencia y una profesionalidad esperada.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 719/2005 de 6 de octubre, Westlaw (Aranzadi)

¹³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) número 167/2006 de 15 de febrero, Westlaw (Aranzadi)

¹⁴ CALCERRADA, *Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*, Madrid 1992, págs. 10 y ss.

5.- Las causas de exclusión de la culpabilidad. Éstas son el caso fortuito y la fuerza mayor, así como explica PUIG PEÑA,¹⁵ el concepto tradicional de responsabilidad como consecuencia de la culpabilidad, que por tanto hacía necesario para declarar responsable a una persona de evento la no existencia de causas ajenas a sus actos que excluyeran el dolo o la culpa. Es decir, una causa ajena como bien puede ser la culpa del paciente (el paciente oculto información crucial al médico para elaborar correctamente un diagnóstico). O bien la fuerza mayor en que podemos apreciar en el artículo 1105¹⁶ del Código Civil se limita a manifestar que fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así declare la obligación, nadie responderá a aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que previstos fueran inevitables.

4.3. LA EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ERROR DE DIAGNÓSTICO

La responsabilidad civil derivada del error de diagnóstico independientemente de que sea dolosa o culposa, entran dentro de la clasificación que contiene el artículo 1089¹⁷ del Código Civil. Por lo tanto en los actos ilícitos tienen que incluir los que incurran en culpa civil, en responsabilidad extracontractual, como los tipificados dentro del Código Penal.

El artículo 1.092¹⁸ del Código Civil indica que las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se registrarán por lo dispuesto en el Código Penal. Éste señala que las acciones y omisiones imprudentes sólo se castigaran cuando expresamente lo disponga la ley.

El ilícito civil se caracteriza por la tipificación de aquél dentro del Código Penal.

¹⁵ PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid, pág.245.

¹⁶ Artículo 1105 del Código Civil, “Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables”.

¹⁷ Artículo 1189 del Código Civil, “Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”.

¹⁸ Artículo 1092 del Código Civil, “Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se registrarán por las disposiciones del Código Penal”.

El Código Penal, en su artículo 110¹⁹ establece el contenido de la responsabilidad civil que comprenderá: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales.

La cuantía de la responsabilidad civil fijará por los Tribunales o Jueces, estableciendo razonadamente las bases por las que se llega a la misma. De particular importancia resulta la previsión del artículo 114²⁰ que permite reducir la cuantía, cuando la víctima haya contribuido a la producción del daño o perjuicio sufrido.

Las personas civilmente responsables, el responsable criminal civil serán, en principio, la misma persona. El artículo 116²¹ del Código Penal, establece que toda persona criminalmente responsable, lo es también civilmente, debiendo el Tribunal o Juez señalar las diferentes cuotas sean varios los responsables.

En el ámbito del ejercicio de la Medicina, tiene particular importancia de responsabilidad civil directa del asegurador, prevista en el artículo 117²² del Código Penal, la cobertura de los riesgos de lesión derivados del ejercicio de la Medicina. En cuanto a la iniciación de acciones legales viene motivada en muchos casos, por la pretensión del perjudicado o sus allegados de resarcirse de los daños causados, como consecuencia de un tratamiento o asistencia médica.

Puesto que las indemnizaciones podrían alcanzar cantidades muy elevadas se hace necesaria la intervención de aseguradora.

¹⁹ Artículo 110 del Código Penal, “La responsabilidad establecida en el artículo anterior comprende: 1.º La restitución, 2.º La reparación del daño, 3.º La indemnización de perjuicios materiales y morales”.

²⁰ Artículo 114 del Código Penal, “Si la víctima hubiere contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización”.

²¹ Artículo 116 del Código Penal, “Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Si son dos o más los responsables de un delito o falta los Jueces o Tribunales señalarán la cuota de que deba responder cada uno”.

²² Artículo 117 del Código Penal, “Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda”.

4.4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Como es sabido se entiende habitualmente por relación de causalidad el nexo que une la actuación del agente con el resultado dañoso.

Así como expresa GÁLÁN CORTÉS «Cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien como el resultado de un complejo de hechos y condiciones, que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados, sin duda, de su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal, reduciéndose el problema a fijar entonces que hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final».²³

Una parte bastante significativa de la doctrina está a favor de la teoría de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño espera en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso, si el resultado se corresponde con la actuación que lo originó, es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar.

La STS de 27 de marzo de 2004 (Ponente: Sr García Valera)²⁴ expone: “Esta sala ha sentado que se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o suficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión-causa y el daño o perjuicio resultante-efecto, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones o criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, si bien el artículo 1902 descansa en un principio básico cupabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y

²³ CÉSAR GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad Civil Médica*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005.

²⁴ La STS de 27 de marzo de 2004. RJ 2004\2068, Westlaw (Aranzadi)

cuidados reglamentarios, sino además todo lo que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso”.

4.5. LIMITACIONES AL PRINCIPIO DE LA RESPONSABILIDAD TOTAL EN EL ERROR DE DIAGNÓSTICO

La norma general es el principio de igualdad de la responsabilidad civil del médico por cualquier tipo de actuaciones culposas y negligentes, no obstante hay una serie de excepciones fundamentalmente relativas al diagnóstico.

La doctrina ha entendido que el error de diagnóstico no comprometería responsabilidad del médico. Así lo ha precisado el Tribunal Supremo español en su Sala segunda (Sentencia 26 de junio de 1980²⁵ «que 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, terapéutico o de diagnóstico se incida en conductas descuidadas, que olvidando la Lex Artis, provoquen resultados lesivos, pudiendo fijarse como regla general lo aventurado. »

No hay que pasar por alto en materia de responsabilidad civil médica ROMERO CASABONA,²⁶ que ni la jurisprudencia comparada ni la doctrina no han estado de acuerdo a la estimación de criterios de responsabilidad objetiva; otorgando los fundamentos para no estar conforme en manifiestas razones de equidad que resaltan en el pensamiento que de llevarse a término una responsabilidad objetiva médica sería equivalente a otorgarle a cada ciudadano un seguro de vida contra el médico que le atendió en su última enfermedad, lo que supondría un cambio total y absoluto en las reglas de la responsabilidad civil.

En este sentido el Tribunal Supremo manifiesta en su sentencia de 7 febrero de 1990²⁷ que:

²⁵ STS 26 de junio de 1980 RJ 1980\2997, Westlaw (Aranzadi)

²⁶ *El Médico ante el Derecho*, Madrid, 1990.

²⁷ STS 7 febrero de 1990 RJ 1990\668, Westlaw (Aranzadi)

“La mera relación causal material no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo, sin el cual, en la materia de que se trata, referente a la responsabilidad médica, no existe responsabilidad, pues, según se indica en Sentencia de 22 de febrero de 1946, en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerle patente la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo y, bajo otro aspecto, en concreta relación con los profesionales sanitarios en cuanto a general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva.”

4.6. TENDENCIAS ACTUALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA EN EL ERROR DE DIAGNÓSTICO

Las tendencias modernas de la responsabilidad civil según DE ÁNGEL YAGÜE²⁸ vienen en estos extremos:

- Se presume que le autor del daño ha incurrido en culpa y a él corresponde desvirtuar esta presunción mediante la prueba de haber obrado con la diligencia debida.
- Cuando no se puede probar con exactitud la causa del daño, es el agente quien debe probar su propia diligencia.
- No basta con el cumplimiento de reglamentos y demás disposiciones legales que obligan a la adopción de garantías para prevenir y evitar los daños, pues si estas medidas no han ofrecido resultado positivo se revela su insuficiencia y que faltaba algo por prevenir, no hallándose completa la diligencia.
- También una actuación lícita puede dar lugar a daños indemnizables, cuando el agente no se asegura diligentemente del alcance y consecuencias de sus actos.
- Aplicación rigurosa del artículo 1104 del Código Civil al dominio de la responsabilidad extracontractual, en el sentido de exigir al agente, no una diligencia simple, sino la que corresponda a las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar.

Tal como expresa DÍEZ PICAZO²⁹ la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido evolucionando hacia una concepción más objetivista de la culpa a partir de la sentencia de 30 de junio de 1959,

²⁸ DE ÁNGEL YAGÜE, *Diagnósticos y responsabilidad*, segunda parte del publicado en «Revista de Derecho y Genoma Humano», nº5, julio-diciembre de 1996.

siendo recogido este cambio por el propio Tribunal supremo en su sentencia de 5 de abril de 1963.

Pero continua existiendo supuestos en que la teoría del riesgo no se aplica, lo podemos ver en las sentencias de 12 de diciembre de 1984 y de 15 de marzo de 1993.

Las conclusiones a las que llegamos son que la jurisprudencia española que no ensalza el concepto de culpa le da un cierto favoritismo al perjudicado por distintas vías, como la aceptación de la teoría del riesgo de forma atenuada, la inversión de la carga de la prueba o la presunción de culpa del agente.

También hay que destacar que muchas resoluciones jurisprudenciales han sido en materia de responsabilidad extracontractual. No obstante, el Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 1963³⁰ ha dejado patente que la diligencia por parte del causante del daño o que las medidas adoptadas eran insuficientes por el hecho producido ulterior de los perjuicios deriva de la aplicación al campo extracontractual de la teoría de la culpa prevista en el artículo 1104 del Código Civil.

5. PERJUICIO

La condición indispensable para que exista responsabilidad civil es la existencia de un daño o un perjuicio.

Así como señala LLAMAS POMBO «no solamente es admitido pacíficamente por la doctrina la necesidad del perjuicio para la existencia de la responsabilidad civil en cualquiera de sus ámbitos sino, que el daño en sí constituye la esencia de la responsabilidad civil, e incluso cobra más importancia en aras de las tendencias objetivadoras de la misma».³¹

²⁹ DIEZ PICAZO, *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, Madrid, 1966, tomo I, págs.605 y s.

³⁰ Tribunal Supremo en su sentencia de 5 de abril de 1963 RJ 1963/ Westlaw (Aranzadi)

³¹ LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos*, Madrid, 1988.

En cuestiones de la determinación del *quantum* indemnizatorio y los modelos de fijación son cuestiones de hecho que deben ser determinadas por el Tribunal de Instancia.

La postura jurisprudencial la constituye la sentencia del Tribunal Supremo del 27 de noviembre de 1993³² que dice: “esta sala ha afirmado de la cuantía de la indemnización es “función atribuida a la Sala de instancia y no revisable en casación, salvo que, lo que no sucede en el presente caso, se hayan modificado las bases fácticas contempladas en la cuantificación”.

El daño puede ser definido como «todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica que sufre una persona y de la cual haya de responder otra».

Y según SANTOS BRIZ³³ el daño se determina mediante una operación de cálculo comparando la situación real del patrimonio después del elemento dañoso y el estado imaginario que presentaría si este no hubiera ocurrido. La diferencia resultante indica la existencia el daño y su cuantía. Y añade por el contrario si para determinar los daños se atiende a la idea de “valor objetivo” de la cosa o daño concreto, se tiene en cuenta el llamado valor general, es decir, el provecho que una cosa puede procurar a cualquier poseedor.

5.1. PERDIDA DE OPORTUNIDAD

La pérdida de oportunidad se produce en los casos en que la acción del agente priva a la víctima de la posibilidad de obtener una ganancia o evitar una pérdida.

El problema lo hayamos en que el daño final no puede saberse nunca ya que va en función de una actuación que no ha tenido lugar.

Según indica LALOU³⁴ la solución a esta aparente dificultad consiste en considerar la pérdida de una probabilidad como un perjuicio en sí mismo.

El Tribunal Supremo ha establecido la necesidad de acreditar el daño, STS de 7 de diciembre 1989, y por tanto, la necesidad de probar la viabilidad del recurso que se hubiera interpuesto.

³² STS 27 de noviembre de 1993 RJ 1993\9143, Westlaw (Aranzadi)

³³ SANTOS BRIZ, comentario al artículo 1902 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXIV, Madrid, 1984.

³⁴ LALOU, *Traité pratique de responsabilité civile*, 2^o ed, Paris.

Acorde con lo que dice la doctrina de la pérdida de oportunidad cuando ha sido utilizada ha tenido una consecuencia práctica importante: la valoración de la pérdida es distinta a la valoración del daño de haber sido este cierto; así y en el supuesto de pérdida del recurso, la valoración de la pérdida de la posibilidad no es la cantidad reclamada en el procedimiento, es una cantidad fijada en la mayoría de los casos, más bien de modo simbólico, o , a lo más, atendiendo a las posibilidades de éxito de la acción.

En lo referente al error del diagnóstico según el Diario Médico.com³⁵ “La pérdida de oportunidad, es decir, la imposibilidad del paciente de haber optado a un tratamiento concreto por un funcionamiento erróneo de los servicios de salud, constituye una de las teorías más populares en la jurisdicción contenciosa. Un fallo del Juzgado Contencioso número 2 de Santiago de Compostela ha declarado que el error de diagnóstico debe ser sancionado como pérdida de oportunidad e indemnizado no por la concurrencia de un daño material, sino por una "pérdida que se asemeja al daño moral". En estos casos lo que se tiene en cuenta es "la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación”.

El titular del juzgado ha estudiado el caso de una paciente que acudió al servicio de Ginecología de un hospital público por un quiste anexial y dolor abdominal. Fue sometida a una quistectomía y se sometió a diversas revisiones, incluida la realización de una citología vaginal y una biopsia que se diagnosticó como un adenocarcinoma de tipo convencional. A los tres años se le practicó una histerectomía radical por un carcinoma epidermoide.

La resolución judicial, que admite las argumentaciones de ALFONSO IGLESIAS, abogado especialista en Derecho Sanitario que defendió los intereses de la paciente en el proceso, afirma que el diagnóstico tras la primera biopsia realizada a la enferma "fue claramente erróneo, pues lo que la paciente padecía era un carcinoma epidermoide".

El juzgado contencioso dice que la demandante fue examinada en varias ocasiones por el servicio de Ginecología sin que conste que se le hubiera realizado ninguna citología vaginal. Según los peritos, "la paciente debió haber sido sometida a una exploración ginecológica completa y en las exploraciones debería estar indicada la citología cervico-vaginal". Y es que

³⁵ www.DiarioMédico.com <http://www.diariomedico.com/2011/01/21/area-profesional/normativa/error-diagnostico-se-condena-por-perdida-de-oportunidad>

"con un cribaje citológico periódico el diagnóstico teóricamente se hubiera podido establecer en estadios anteriores y los pronósticos de los tumores de cérvix intervenidos quirúrgicamente como carcinoma in situ son sustancialmente diferentes.

Por tanto, procede la responsabilidad de la Administración por la "demora no justificada en alcanzar el diagnóstico correcto de la patología de la paciente y el error en el diagnóstico del tipo de cáncer". La actuación de los servicios médicos imposibilitaron la opción de haber realizado "una cirugía menos agresiva, lo que supone la producción de un daño derivado de esa demora en conseguir un diagnóstico precoz y preciso". La sentencia impone a la Administración el pago de 63.000 euros de indemnización.

5.2. LA MEDIDA DEL PERJUICIO

5.2.1. El perjuicio computable

Cuando se produce un perjuicio, ¿todos ellos son indemnizables? La respuesta según MAZEAUD Y TUNC³⁶ es que todos, según el artículo 1902 del Código Civil que sostiene que dicho precepto en su amplitud, abraza a todos los géneros de daños y que cualquier clase de perjuicio está sometido a la misma Ley y es susceptible de una pareciación que indemnizará a la víctima. Y se pueden hacer las mismas consideraciones, *mutatis mutandis*, para el daño contractual regulado en los artículos 1101 y concordantes del Código Civil.

En consecuencia, es de entender que el aspecto legal y doctrinal la determinación de los perjuicios computables no ofrece duda, porque todo perjuicio, sea de la clase que fuere, puede dar origen a la indemnización correspondiente en materia de responsabilidad.

Cuando hablamos de indemnización, ésta comprende los daños patrimoniales como los no patrimoniales, como el daño emergente y el lucro cesante.

³⁶ MAZEAUD Y TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción a la 5ª edición, Buenos Aires, 1963.

La doctrina moderna³⁷ distingue entre daños patrimoniales y no patrimoniales además de conceptualizar los daños morales y los daños materiales.

5.2.2 Daños patrimoniales

En este grupo de bienes hay que hacer referencia a todos los del patrimonio de la víctima. La necesidad de ser indemnizados estos bienes, no existe ninguna duda sobre ello en el aspecto legal, ni en el doctrinal, ni el jurisprudencial ya que todos adoptan una postura unánime conforme al principio de reparación.

El asunto que produce más dudas es la valoración del daño sufrido. Por lo tanto dentro del daño patrimonial hay que distinguir el daño emergente y el lucro cesante.

A. Daño emergente

Para hacer una distinción del daño emergente y el lucro cesante me remito a las palabras de PUIG BRUTAU. «No hay duda que el perjudicado puede sufrir una disminución de los valores patrimoniales que ya tenía en su poder (daños efectivos = *damnum emergens*) y también puede dejar de obtener ciertas ganancias esperadas con fundamento (*lucrum cessans*). El daño emergente es una pérdida real y efectiva; el lucro cesante, en cambio, es de momento una pérdida invisible que se apoya en la presunción de cómo se habrían sucedido los acontecimientos en caso de no haber tenido lugar el acontecimiento dañoso».³⁸

En lo que respecta al daño emergente es indemnizable el negocio de cobertura que el acreedor se ha visto obligado a hacer para cubrirse de los efectos negativos del incumplimiento, sin olvidar que también es indemnizable la totalidad de los gastos médicos adicionales, que un nuevo tratamiento haga necesario, así como los gastos farmacéuticos y de hospitalización.

³⁷ Véase DE LOS MOZOS, *Aproximación a la teoría general del patrimonio*, en «Revista de Derecho Privado», pág 603, 1991.

³⁸ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, volumen III, Barcelona, 1983, pág. 181.

Para saber hasta qué extremo son indemnizables estos daños acudimos a analizar la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 1990.³⁹

“La audiencia reconoce al herido a acudir al Centro de Oftalmología Barraquer de Barcelona, en vez de a un centro similar de Valencia, por confiar en él más para recuperar la funcionalidad del ojo lesionado, sin que pueda oponerse que fue desorbitado el importe de la factura de tal centro; y también es de resaltar que cuando tales servicios los preste la Seguridad Social u otra institución sanitaria ésta tendrá la consideración de tercera perjudicada por la actuación del culpable y podrá reclamar en el procedimiento civil o personarse en el procedimiento penal oportuno”.

Y como señala acertadamente CARRASCO GÓMEZ⁴⁰ el acreedor puede disponer de bienes alternativos que le permitan satisfacer la misma necesidad, indemnizándose entonces los costos de esta ejecución.

Claramente el coste de la reparación para subsanar los defectos de la prestación, o el daño causado por el deudor son indemnizables como daño emergente, así como el coste de adquisición de un bien sustitutivo.

B. Lucro cesante

Se entiende por lucro cesante el beneficio dejado de obtener como consecuencia de la actuación culposa.⁴¹

El concepto de lucro cesante lo encontramos en el artículo 1106 del Código Civil en el cual señala que la indemnización comprende no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido, sino el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor, esto es, del lucro cesante. Y resulta

³⁹ Audiencia Provincial de Valencia de 25 de octubre de 1990, RJ 1990/ Westlaw (Aranzadi)

⁴⁰ CARRASCO GÓMEZ, *Responsabilidad Médica y Psiquiatría*, Madrid, 1990.

⁴¹ Véase JUAN ANTONIO MATEO: lucro cesante, en *Diccionario de Derecho Privado*, tomo II, Barcelona, págs 562 y ss.

de importancia que el Tribunal Supremo ha señalado que el artículo 1106 del Código Civil es aplicable tanto a la culpa contractual como a la extracontractual.

Así como dice el Tribunal Supremo en su STS de 6 de mayo de 1967.⁴²

“Si lo reclamado son las ganancias dejadas de obtener por quien se crea perjudicado, no pueden derivar de meros cálculos, hipótesis o suposiciones, no referirse a beneficios posibles, inseguros o desprovistos de certidumbre, sino que requieren la aportación de alguna prueba, cuya apreciación corresponde al tribunal sentenciador”.

5.2.3. Daños no patrimoniales

A. Daños corporales

El concepto de daños corporales nos los muestra ELENA VICENTE DOMINGO,⁴³ el daño corporal es el daño que afecta a la integridad física y psíquica de la persona, por eso, dentro de la esfera de los daños no patrimoniales, se contraponen a los daños puramente morales derivados de lesiones, a otros bienes no patrimoniales, como puede ser el daño al honor. Su reparación, por vía de compensación sustitutiva es de índole patrimonial. La reparación integral de este daño, requiere que se tenga en cuenta todas sus consecuencias, las pecuniarias y no pecuniarias. Subrayemos, en fin, que estas consecuencias no pecuniarias no deben confundirse con los otros daños morales, no corporales, que puede sufrir la persona.

La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo de que la fijación del *quantum* indemnizatorio corresponde a los tribunales de instancia.

La sentencia de 21 de diciembre de 2005, en un caso en que se deriva los padres de optar por la interrupción voluntaria del embarazo por omisión de información sobre diagnóstico prenatal, distingue entre los daños morales y patrimoniales y mantiene el principio de valoración discrecional por el juzgador respecto de los daños no patrimoniales.

⁴² STS de 6 de mayo de 1967 RJ 1967/ Westlaw (Aranzadi)

⁴³ VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales, tipología y valoración*, Barcelona, 1994.

Cuando hablamos de lesiones físicas hay que considerar como dice GARCÍA BLÁNQUEZ⁴⁴ que en las indemnizaciones por daños personales existe tres conceptos, el primero el tiempo de duración y necesidad de asistencia facultativa, el segundo el tiempo de incapacidad laboral transitoria y por último a las secuelas.

En las secuelas deben indemnizarse por separado las secuelas anatómicas, funcionales, estéticas, psíquicas, morales. Una misma lesión puede motivar secuelas a distintos niveles que afecte y según su repercusión.

La doctrina jurisprudencial emitida por el Tribunal Supremo de que la fijación del *quantum* indemnizatorio corresponde a los Tribunales de instancia ha conllevado que falte un criterio generalizado en la fijación de daños y perjuicios corporales.

B. Fallecimiento

Cuando se produce el fallecimiento derivada de un error de diagnóstico, a la indemnización por causa de fallecimiento concurren los daños patrimoniales cuando el fallecimiento les ha causado a los familiares una disminución de ingresos, y, por otra parte, son daños morales que se causan a los familiares.

SANTOS BRIZ nos dice cuáles son los conceptos indemnizables en caso de fallecimiento:

«Resultan de todos esos elementos a valorar estos tres: cálculo del rendimiento económico del fallecido o del incapacitado durante el resto de su vida presumible; es decir, ganancias dejadas de obtener por el delito o el acto ilícito; gastos de curación y tratamiento o, en su caso, o para añadirlos, los gastos de entierro y funeral; cálculo del daño moral, que puede percibir el perjudicado si vive o, en su defecto, sus herederos. Distinto es el supuesto de percepción de indemnización por los herederos o allegados, para los cuales tiene aquélla un aspecto de satisfacción moral por la pérdida afectiva».⁴⁵

⁴⁴ GARCÍA BLÁNQUEZ y MOLINOS COBO, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Granada, 1995.

⁴⁵ SANTOS BRIZ, comentario al artículo 1902 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXIV, Madrid, 1984.

C. Daños morales

Para GONZÁLEZ MORÁN⁴⁶ el daño moral está constituido por los perjuicios que, sin afectar a las cosas materiales se refieren directamente al patrimonio espiritual, a los bienes inmateriales de la salud, el honor, la libertad, es decir, los llamados derechos de la personalidad que son los más estimados, y por ellos lo más sensibles, más frágiles y más cuidadosamente guardados bienes morales.

La jurisprudencia sobre error de diagnóstico de enfermedades presenta especialidades en lo relativo al daño moral, de tal forma que exige para obtener su reparación tres grandes requisitos: por un lado, la evidencia empírica del daño alegado; por otro, la gravedad de dicho daño; y, finalmente, la relación causal entre el perjuicio y el error, delimitación que se realiza a partir de los criterios de imputación objetiva.

Debe tenerse en cuenta la resolución 75/7 del Consejo de Europa, en la cual recomienda que la indemnización por daños morales comprenda los siguientes conceptos:

“La víctima debe ser compensada por el perjuicio estético, el dolor físico y el sufrimiento mental. Esta última categoría que además incluye acerca de la víctima, diversos trastornos y inconveniencias como malestar general, insomnio, sentimientos de inferioridad, los placeres inferiores de vida producidas en especial por la incapacidad de ofrecer una cierta actividad de placer.”

A modo de ejemplo en el caso resuelto por la SAP Barcelona 15.11.2001⁴⁷:

Al actor se le había comunicado el 9.2.1996 que las pruebas de detección del SIDA a las que se había sometido, realizadas mediante el método “Western Blot”, cuya fiabilidad es del 100%, habían dado positivo. El 23.2.1996 el actor conoció el resultado negativo de las nuevas pruebas de detección del SIDA a las que se había sometido en otro laboratorio. La AP confirmó la sentencia estimatoria del JPI nº 2 de Sant Boi de Llobregat y concedió una indemnización de 250.000 ptas. (1.502,53 €) en concepto de daño moral: “no cabe negar la inquietud y el impacto emocional que dicho resultado [falso positivo] pudo producir en el actor (...). Se indemniza, en definitiva, el daño moral causado entre el 9 y el 23 de febrero de 1996.”

⁴⁶ *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, 1990

⁴⁷ SAP Barcelona 15.11.2001 JUR 2002\20787 Westlaw (Aranzadi)

5.3. BAREMOS

En el campo de la responsabilidad civil médica la aplicación de baremos objetivos resulta controvertida aunque son utilizados de manera orientativa y no vinculante, ya que debe resolverse caso por caso en el que surge la responsabilidad civil médica en cuestión.

Existe una parte doctrinal, procedente del campo asegurador que está a favor de la creación de unos baremos indemnizatorios oficiales vinculantes, similares a los establecidos en el anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Pero otro sector doctrinal contrapone esta idea sosteniendo que la creación de dichos baremos puede vulnerar el principio de igualdad, al tratar casos absolutamente desiguales. A efectos de recomendación para los estados miembros encontramos la resolución 75/7 del Consejo de Europa relativa a la reparación de daños en casos de lesiones y fallecimiento para proceder a valorar el daño corporal producido y para fijar el *quantum* indemnizatorio. Pero solo es orientativo y no es vinculante.

Dada la obligatoriedad que dice el artículo 46 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, tienen los profesionales sanitarios que ejercen en el ámbito de la asistencia sanitaria, de suscribir un seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que puedan derivarse de un eventual daño a las personas causando con ocasión de la prestación de tal asistencia o servicios, podría resultar conveniente en estos casos la promulgación de un baremo obligatorio y vinculante para los jueces y tribunales similar al mencionado de la Ley 30/ 1995.

En cualquier caso, en este concreto ámbito no es aplicable actualmente una tasación objetiva y baremada de carácter general, lo que conlleva a la decisión discrecional de la cuantía a los Tribunales de primera instancia conocedores del caso concreto no olvidándose de la obligatoriedad de motivar la cuantía de la indemnización fijada, conforme al artículo 120.3 de la Constitución Española.

CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en el presente estudio se puede concluir que la mayoría de errores de diagnósticos no generan responsabilidad civil médica debido a que la ciencia médica no es exacta, y a que la variedad de procesos patológicos con los que se puede encontrar un médico es infinita y llena de síntomas análogos, que conciernen una compleja dificultad de interpretación ya que pueden ser opuestos o contradictorios. Hasta el punto de que aun siendo un médico experimentado se puede encontrar cada día una anomalía nunca antes vista y la gran mayoría de las veces podrían ser varios los diagnósticos que podrían ser acertados y óptimos.

No hay que olvidar que la Lex Artis nos dice que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Por lo tanto sería un error atribuir una responsabilidad objetiva médica ya que sería otorgarle a cada ciudadano un seguro de vida contra el médico que le atendió en su última enfermedad, lo que supondría un cambio total y absoluto en las reglas de la responsabilidad civil. En consecuencia será una remisión a las normas médicas, las cuales tendrán que determinar caso por caso si puede existir o no responsabilidad.

Por otro lado, en los restantes casos en que sí genera responsabilidad civil, el error de diagnóstico, hay que atenerse a unos parámetros que nos dice la Lex Artis ad hoc, o sea que los médicos tienen la obligación de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendiendo al estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, una vez realizadas todas las comprobaciones pertinentes, los médicos tienen la obligación de medios y no de resultados. Al médico lo que se le exige es que actué de forma diligente y prudente conforme a la Lex Artis, es decir, las reglas de medición de conducta, la actuación médica adecuada, una técnica apropiada a la experiencia y una profesionalidad esperada. Este criterio es fundamental para determinar los posibles supuestos en los que puede incurrir un profesional sanitario en responsabilidad. No solamente responsabilidad por el elemento de la lesión sino por la infracción de la Lex Artis que

es la demostración de la infracción del criterio de normalidad en lo relativo a las pruebas pertinentes y necesarias en correspondencia a la sintomatología manifestada por el paciente.

Otra de las causas que tiene que ocurrir para que haya responsabilidad civil es el daño cierto y objetivamente demostrable derivado del nexo causal entre el error de diagnóstico que realizó el médico y el perjuicio sufrido por el paciente. Sí esto es así, el paciente tendrá derecho a una indemnización que comprenderá: la restitución, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios materiales y morales en los casos que convenga.

La cuantía de la responsabilidad civil se fijará por los Tribunales de primera instancia conocedores del caso concreto, estableciendo razonadamente las bases por las que se llega a la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- CARRASCO GÓMEZ, J.J., *Responsabilidad Médica y Psiquiatría*, Madrid, Ed. Constitución y Leyes, 1990, ISBN 9788478790067.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Diagnósticos y responsabilidad*, segunda parte del publicado en «Revista de Derecho y Genoma Humano», nº5, julio-diciembre de 1996.
- DE LOS MOZOS, *Aproximación a la teoría general del patrimonio*, en «Revista de Derecho Privado», 1991.
- DIEZ PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, tomo I, Madrid, Ed. Tecnos, 1969. ISBN 10: 84-309-0187-6
- DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La Responsabilidad Civil del Médico*, Madrid, Ed. Estades Artes Graf., 1949.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., *Sistema de responsabilidad médica*, 4ª edición, Ed. COMARES, 2007. ISBN 13: 978-84-9836-301-2
- GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad Civil Médica*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2005. ISBN 10: 84-470-2327-3
- GARCÍA BLÁNQUEZ y MOLINOS COBO, 2ª Edición, *Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica*, Granada, Ed. Comares 1997, ISBN 9788481514810.
- GÓMEZ PAVÓN, P., *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, 3 edición, Barcelona, Ed. Bosch, 2013. ISBN 9788497909617.
- GONZÁLEZ MORÁN, *La responsabilidad civil del médico*, Barcelona, Ed. Bosch, 1990. ISBN 13: 978-84-7698-116-0
- LALOU, H., *Traité pratique de responsabilité civile*, Paris, Ed Dalloz, 1962.
- LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico, aspectos tradicionales y modernos*, 1ª edición, Ed. Trivium, Madrid, 1988. ISBN 13: 978-84-86440-96-1
- MARTÍNEZ CALCERRADA, L., *Responsabilidad Civil Médico-Sanitaria*, Madrid, Ed. Tecnos, 1992, ISBN 9788430921461.
- MAZEAUD Y TUNC, *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, traducción a la 5ª edición, Buenos Aires, 1963.

- PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo II, Volumen III, Barcelona, 1983.
- PUIG PEÑA, *Tratado de Derecho Civil Español*, Madrid ISBN 13: 978-84-7130-225-0
- OLAETA- CUNDÍN, *Vocabulario Médico*, Ed. Roberto Olaeta- Margarita Cundín, 2011. ISBN 13: 978-84-939075-2-5
- ROMERO CASABONA, C.M., *El Médico ante el Derecho*. La responsabilidad civil del médico, Madrid, Ed. Ministerio de Sanidad y Consumo, 1990, ISBN 9788476702529.
- SÁNCHEZ M.A., *Historia, Teoría y método de la medicina*, Barcelona, Ed. Masson, 2002, ISBN 8445807331.
- SANTOS BRIZ, comentario al artículo 1902 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, dirigidos por MANUEL ALBALADEJO, tomo XXIV, Madrid, 1984.
- VICENTE DOMINGO, E., *Los daños corporales, tipología y valoración*, Barcelona, Ed. Bosch, 1994. ISBN 13: 978-84-7698-271-6

[-www.Diariomedico.com](http://www.Diariomedico.com)

<http://www.diariomedico.com/2011/01/21/area-profesional/normativa/error-diagnostico-se-condena-por-perdida-de-oportunidad>

- *Diccionario de Derecho Privado*, Tomo II, Barcelona, Ed. Labor, 1967. ISBN 13: 978-84-335-3411-8
- Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.