

N.43242

R.41879

## La reciente evolución de la jurisprudencia en relación con el derecho de la responsabilidad de médicos en Alemania

Klaus Ulsenheimer, abogado y catedrático de la Universidad de Munich

El conflicto entre lo que es justo desde el punto de vista jurídico y lo que es correcto desde el punto de vista médico radica profundamente en la relación natural inherente entre médicos y juristas, la diferencia de su pensamiento, en la discrepancia obvia entre el compromiso asistencial del médico y los vínculos legales. Dado que el núcleo del derecho médico queda definido por la práctica jurisprudencial de los tribunales, estos contrastes se manifiestan en primer lugar en el sector forense. Cabe mencionar

- la valoración distinta de la operación como intervención asistencial, conforme al punto de vista médico, o como lesión corporal, según el punto de vista jurisprudencial
- la antinomia profunda existente entre el respeto del derecho de autodeterminación del enfermo tan valorado por los tribunales y la salud que para los médicos constituye el máximo bien, o bien
- la función que tienen, por una parte, las anotaciones y registros del médico para permitir la comunicación y garantizar el nivel de calidad en la medicina y, por otra, que tienen para el control y como medio probatorio ante el tribunal.

Los juicios contra médicos por fallos en el tratamiento no son seguramente un descubrimiento de nuestros días, sino que han ocupado a los tribunales desde siempre, lo seguirán haciendo e incluso lo tendrán que hacer en el futuro. Si bien en el reglamento profesional pone que el médico debe cumplir con su deber conforme a su conciencia y a las leyes de la moral médica, está claro que no se encuentra en un espacio libre de la jurisdicción, sino que está supeditado, como todo ciudadano, con todas sus debilidades humanas, sus deficiencias personales o profesionales al control judicial a través del vínculo con el derecho y la ley.

En el sector de la responsabilidad de médicos, no obstante, en los últimos 20 años no sólo se han producido algunos cambios, sino más bien se ha puesto en marcha, tanto en lo que a cantidad como a calidad se refiere, un proceso fundamental y profundo de reorientación que ha llegado a producir una situación casi paradójica: gracias al creciente perfeccionamiento de la técnica y a la progresiva especialización de la ciencia médica, el riesgo médico para el paciente se ha ido reduciendo continuamente. Al mismo tiempo, sin embargo, ha aumentado de forma drástica el riesgo forense para el médico, es decir, el riesgo de verse saturado de reclamaciones, demandas, denuncias y sumarios fiscales. Si bien falta una estadística válida para el territorio federal, en su conjunto, todos los datos locales disponibles a partir del principio de los años 80 muestran una masiva tendencia de crecimiento:

- Mientras que, entre 1951 y 1971, el Tribunal Federal tuvo que tramitar en materia civil 175 procedimientos de recurso médico-

legales, sólo en el año 1988 se añadieron 130 recursos.

- El número de demandas de indemnización y de indemnización por daños corporales contra médicos a finales de los años 70 subió de 600 a 800. De acuerdo con cálculos aproximativos fiables se presentan en los antiguos estados federados cada año unas 10.000 demandas ante los tribunales, o sea bastante más respecto a 1980.
- Todos los órganos de peritación y de arbitraje coinciden en sus informaciones sobre el aumento vertiginoso de las solicitudes que se han duplicado e incluso triplicado en los últimos años.
- Los aseguradores de R.C. de Médicos se ven prácticamente inundados por el aluvión de avisos de siniestros y reaccionan con rescisiones de contrato, aumentos de primas o incluso con la retirada total de este sector de alto riesgo, también desde el punto de vista económico. Particularmente para los ginecólogos y obstetras la frecuencia de siniestros ha aumentado en un 14,6 % entre 1978 y 1988 y la media de siniestros en un 252,3 %. El importe de los siniestros en el mismo periodo de tiempo ha aumentado un 304,4 %, el importe medio de siniestros por caso de siniestro avisado aumentó en la especialidad de ginecología de Ptas. 1 millón en 1981 a aprox. Ptas. 6 millones en 1991.
- Incluso en el sector penal se observa un drástico aumento de los sumarios fiscales contra médicos por supuestos fallos de tratamiento, de información y de organización que ascienden a 2.500 a 3.000, una situación inconcebible años atrás.

Así, se revelan dos tendencias contrarias: por una parte, la minimización del riesgo médico para el paciente y por otra, la maximización del riesgo jurídico-forense para el médico que, según el caso, incluso puede poner en peligro su existencia económica.

- Esta evolución afecta ante todo a los anestesistas, cirujanos y ginecólogos o obstetras y entre ellos mucho menos a los médicos con consulta propia que a los médicos de los hospitales, contra los cuales se dirige la mayor parte de los juicios. Llama la atención que las profesiones asistenciales, es decir, las enfermeras y enfermeros, a excepción de las comadronas, apenas se ven expuestos a reclamaciones de responsabilidad civil o sumarios fiscales.
- Si bien no se puede decir todavía que la nación entera haya emprendido la búsqueda de fallos médicos, es comprensible que la tendencia anteriormente descrita haya suscitado mucha preocupación e inquietud entre los médicos. Por otra parte, los juristas suelen alegar que las cifras absolutas, vistas las intervenciones médicas que se efectúan día a día, vienen a ser mínimas, que las demandas representan mucho menos que un uno por mil de los tratamientos efectuados, que el número de condenas ejecutorias por un fallo profesional equivale al 5 % o menos de los sumarios incoados y que la cuota de suspensión está por encima de la media federal.

- Este balance es alentador y las indicaciones al respecto se han hecho de buena fe. Sin embargo, no tienen en cuenta el problema en sí y no les sirven de mucho a los médicos afectados. Sólo el hecho de que esté pendiente un proceso o un juicio, sólo la continua amenaza por demandas y denuncias y la presión que suponen las consecuencias civiles y penales hace que el médico se sienta cada vez más inseguro y le inhiba a asumir la responsabilidad a la hora de hacer el diagnóstico, definir la indicación y llevar a cabo un tratamiento o una intervención, lo que a la fuerza conduce a una medicina defensiva en la que, por miedo a demandas, se efectúan demasiados exámenes y los médicos no se atreven a realizar las intervenciones necesarias.

Los motivos para esta evolución son múltiples:

- En primer lugar, están en la medicina misma, ante todo en su progreso vertiginoso con una extensión inesperada de sus métodos de tratamiento, que ofrece por una parte nuevas posibilidades de garantizar el nivel de calidad, el control y, por consiguiente, de descubrir posibles errores médicos. Por otra parte, se sabe que cuanto mayor es el progreso médico, cuanto mayores son las alternativas de tratamiento médico, tanto más elevado es el nivel de tratamiento pero, al mismo tiempo, tanto más estrictas las normas de diligencia a aplicar y con ello las exigencias correspondientes y por ello, tanto mayor el peligro de infringirlas y el riesgo de responsabilidad.
- Otro motivo radica en las excesivas pretensiones y las esperanzas excesivas por las que se califica una terapia malograda, a una complicación con consecuencias mortales o a una operación malograda, particularmente en intervenciones pequeñas o rutinarias, en primer lugar como resultado de un fallo humano y ya no distingue entre destino y culpa. La falsa creencia en la omnipotencia médica y en que se puede dominar el cuerpo humano impide reconocer que apenas hay una actividad médica que no implique un riesgo más o menos importante.

A esto se añade la posibilidad de cobrar altas sumas de indemnización que estimula la ambición, respaldada por informes sensacionalistas sobre fallos médicos que fomentan esta mentalidad y siembran desconfianza frente al médico. A ello contribuye la anonimidad de la medicina de aparatos: cuanto más impersonales sean las relaciones entre el paciente y el médico en el hospital o con el apremio de las consultas llenas, tanto más falta la relación de confianza con el médico y, por lo tanto, hay menos escrúpulos psicológicos para emprender medidas judiciales contra este médico. La creciente conciencia de los pacientes, la disponibilidad cada vez mayor a entrar en conflictos fomentan esta actitud, si se tiene en cuenta que los seguros de defensa jurídica reducen a un mínimo el riesgo de costes de un proceso dudoso.

- Todos los motivos vistos por sí solos apenas hubiesen podido ocasionar el rápido aumento de los procesos de responsabilidad civil. Los orígenes de los errores que se cometen no han cambiado:

⇒ el error de tratamiento, que se define como infracción objetiva contra el respectivo nivel de tratamiento médico

⇒ el error de información, ante todo la falta de información o la información insuficiente o tardía de los pacientes sobre la importancia, alcance de los riesgos y consecuencias de la intervención antes de iniciar el tratamiento

⇒ el error de organización, o sea error de coordinación y comunicación de los médicos y el personal asistencial, errores en la vigilancia y la delegación, estimaciones erróneas de la cualificación profesional y personal del colega, así como conflictos respecto a la competencia

- No es de extrañar que los riesgos relacionados con el trabajo en equipo de los médicos y, con ello, las obligaciones de diligencia organizativas ocupen cada vez más espacio en las sentencias judiciales, dada la escasez considerable de personal y la obligación masiva de ahorrar. Pues cuanto mayor es el número de médicos, técnicos y personal asistencial que participan en el diagnóstico y la terapia, cuanto más complicados y peligrosos son los aparatos empleados y los medicamentos aplicados, tanto más compleja es la actuación médica en la que participa el personal más diverso en un hospital grande y tanto más depende el éxito de un perfecto engranaje que funcionamiento con un sinnúmero de especialistas. En la misma medida en la que se reduce el campo de actividad del individuo, crecen los problemas de cooperación entre los médicos y el personal asistencial.
- A la explosión de la responsabilidad en el sector asistencial, sin embargo, han contribuido principalmente el nuevo rumbo y las modificaciones, frente a tiempos pasados, de la jurisprudencia de los tribunales supremos. La jurisprudencia ha ido restringiendo cada vez más el margen de juicio del médico, penetrando cada vez más profundamente en las cuestiones médicas, formulando cada vez más detalladamente la obligación de diligencia en base a posibilidades y estándares médicos, poniendo exigencias cada vez más estrictas al médico respecto a su obligación de informar al paciente, haciendo resaltar particularmente el derecho de autodeterminación del mismo.
- A esto se añade que mientras el fallo de tratamiento lo tiene que probar el paciente, la carga de la prueba respecto a la información debidamente facilitada la tiene el médico. El que su situación procesal resulta sumamente difícil, radica en que la información se suele llevar a cabo en la consulta o junto a la cama del enfermo y sin testigos y por esto, si no se han hecho ninguna clase de anotaciones o registros, la reconstrucción no resulta nada fácil.
- Precisamente debido a que el médico tiene la carga de informar al paciente sobre los riesgos que corre, ocurre que en muchas demandas se liga de antemano la inculpación de un error de tratamiento con el incumplimiento de la obligación de información o se presenta la acusación de la falta de información posteriormente, en el curso del proceso si no ha sido posible demostrar un fallo en el tratamiento.

- Al mismo tiempo, la jurisprudencia ha desarrollado conscientemente una serie de facilidades de prueba - nada corrientes - a favor del paciente que ha contribuido de forma decisiva a aumentar su disposición de presentar demandas, habiendo reducido considerablemente las posibilidades de defensa del médico en un litigio. En este contexto cabe mencionar por un lado la llamada prueba "prima facie", por medio de la cual el juez puede deducir de un daño concreto un error de tratamiento o, viceversa, de un error de tratamiento comprobado puede deducir la causa del daño que se ha producido al paciente, cuando el daño que se deba a un falta de diligencia.

Por otra parte, la jurisprudencia ha desarrollado se trata de regulaciones especiales referentes al reparto de la carga de la prueba en el proceso de responsabilidad civil, la jurisprudencia teniendo en cuenta la llamada igualdad de armas entre médico y paciente, aunque de forma extraña y consecuentemente a cargo del médico: en el caso de graves errores de tratamiento, fallos de aparatos, destrucción u omisión de los medios de prueba y graves defectos de la documentación, la carga de la prueba se invierte en detrimento del médico. No es el paciente, o sea el demandante, como es habitual en todo conflicto jurídico - quien debe comprobar la reclamación formulada por él, sino al revés, es el médico demandado el que tiene que comprobar - lo que en muchos casos es imposible - que el daño no ha sido causado por un error médico.

- Ante todo el incumplimiento de la obligación de llevar a cabo una documentación médica ha adquirido una considerable importancia forense. El paciente no sólo obtuvo el derecho de ver el correspondiente historial médico, mientras se tratara de resultados objetivos, sino que, en el curso de la evolución de la jurisprudencia, se le conferió al médico la carga de la prueba en cada caso en el que la documentación no estaba completa. Si por ej., una medida de control o la administración de un medicamento determinado estaban indicados desde el punto de vista médico pero no se registraban, se suponía que no se había efectuado el control o no se había administrado el medicamento hasta que no se hubiese demostrado lo contrario. Ahora, la jurisprudencia hace esta suposición cuando la documentación médica está sólo (relativamente) incompleta, sin efectuarse modificación alguna en la documentación sobre el paciente, lo que había sido para jurisprudencia el motivo para la inversión de la carga de la prueba.

Tal como se puede ver, la mayor parte de la responsabilidad de médicos moderna se basa en el derecho de la jurisprudencia: casuística tipificada de los tribunales civiles. Claro que no puedo presentar aquí una imagen completa de ellos, pero quisiera analizar algunos fallos importantes que han constituido un hito en la reciente evolución de la jurisprudencia.

En primer lugar, cabe mencionar la información sobre el riesgo con las exigencias cada vez más estrictas y excesivas respecto a la información sobre el riesgo.

- El objeto de la información médica sobre los riesgos de una intervención inminente es comunicar al paciente los hechos indispensables para que pueda tomar una decisión de una forma comprensible para el lego en medicina. La jurisprudencia comenta esta información, en cuanto a su contenido, extensión, pero también sus límites, en el sentido de que al paciente no se le deben indicar todas las complicaciones posibles, presentar todos los riesgos con todas las formas imaginables, sino solamente darle una idea de carácter general, de la gravedad de los riesgos.

Por este motivo, no son necesarias las indicaciones de aquellos riesgos relacionados con cada operación bajo anestesia y con los que el paciente cuenta, como por ejemplo, infección de la herida, ruptura de las cicatrices o embolias. Por otra parte, se requieren aclaraciones especiales en aquellas complicaciones que para el paciente le vienen de imprevisto y que inciden particularmente y visiblemente en su vida concreta. Pueden omitirse aquellos peligros que sólo se dan en raros casos y que son tan poco probables que para una persona sensata no tienen una importancia especial a la hora de tomar un decisión.

- Este punto de partida de la jurisprudencia parece razonable, realista por tanto, merece el consenso de parte de los médicos. En la práctica, no obstante, la fórmula de la información "de carácter general" significa mucho más. El Tribunal Supremo, en la llamada "sentencia sobre la rectoscopia" en 1984 confirmó la obligación del médico de informar sobre el riesgo de la perforación del intestino, aunque tal riesgo es de 1:10.000 a 1:20.000. En las sentencias posteriores esta relación de complicaciones o frecuencia de los riesgos cada vez fue inferior (1:500.000 en el caso de un daño como consecuencia de una vacuna, Tribunal de 2ª Instancia, Gießen), hasta que al final del año 1991 el Tribunal Supremo exigió que se informase sobre la posibilidad de contraer una infección de SIDA mediante una transfusión de sangre, pese a un peligro de infección de sólo 1:200.000 hasta 1:300.000, en aquellos casos en los que entraría en cuenta con probabilidad la necesidad de una transfusión de sangre ajena.
- Vistas las consecuencias fatales de una infección de SIDA, esto puede parecer comprensible, pero no tiene nada que ver con una información "de carácter general". La diferenciación anterior entre las posibilidades muy remotas de complicación y aquellos riesgos que se pueden verificar con una cierta probabilidad, han perdido cualquier importancia para todos los riesgos inherentes a la respectiva intervención. Así, el aspecto de la frecuencia de riesgos ha perdido su función original la de limitar la obligación de información del médico: se ha de informar siempre sobre el riesgo específico de la intervención, - de los que hay muchos en cada intervención, aunque suceda con muy poca frecuencia.

No es de extrañar, por lo tanto, que hoy nadie, ni el médico con más experiencia ni el jurista especializado en esta materia, pueda predecir con alguna certeza, qué exigencias pondrán los tribunales a posteriori respecto a la información sobre los riesgos y la

consecuencia de los mismos.

- La sentencia anteriormente citada del Tribunal Supremo demuestra por otro motivo la jurisprudencia de la responsabilidad que sobrepasa los límites existentes hasta la fecha. Lo particular del caso era que no se trataba en primer lugar de informar sobre los peligros de la operación en sí, sino se trataba de los riesgos de un acto médico relacionado con la operación o derivados de la misma. El Tribunal Supremo, al mencionar la transfusión de sangre, sólo menciona una intervención accesoria o bien postoperativa secundaria, de entre un sinnúmero de intervenciones potenciales que acompañan la operación o la anestesia. Con esto, se amplía la obligación del médico de informar al paciente antes de la operación al amplio ámbito del tratamiento postoperativo y a las intervenciones consecuenciales necesarias.

No hay ninguna duda de que de esta forma se excede los límites de la capacidad psíquica e intelectual de una persona normal, particularmente en la situación previa a la intervención quirúrgica. Y también se plantea la cuestión de la relación entre los medios empleados y el resultado obtenido, dado que una sobrecarga del paciente con indicaciones sobre el riesgo no le facilitará tomar una decisión, sino que le resultará aún más difícil.

Las dos sentencias del Tribunal Supremo respecto al momento de la información revelan unas exigencias más estrictas respecto a la obligación de informar.

- En la primera sentencia el Tribunal Supremo establece una obligación general del médico de informar antes de acordar definitivamente la fecha de la operación, lo que no concuerda con la práctica de muchos médicos y requerirá en muchos casos cambios organizativos considerables. Sólo en el caso de intervenciones sencillas o de menor riesgo, de operaciones de emergencia y si faltan todavía los resultados de las exploraciones preliminares se puede informar al paciente el día anterior a la operación.

Si el paciente, contrario a los principios citados, ha sido informado demasiado tarde, la conformidad del paciente a la operación, por derogación de la opinión de la instancia anterior, tendrá efecto en aquellos casos si el paciente, dentro las circunstancias dadas, todavía tenía tiempo suficiente de tomar una decisión libre.

Según la opinión del Tribunal Supremo, se ha de negar, si se entera la noche anterior a la operación por primera vez de los riesgos graves de la intervención, que podrían incidir de forma grave en su futura vida personal. En tal caso supondría un carga excesiva para el paciente asumir las informaciones y tener que tomar una decisión al encontrarse bajo presión psíquica por la operación que se está preparando en la clínica, circunstancia que haría cuestionar su libertad de decisión.

El momento de la información, por lo tanto, cobrará una importancia extraordinaria en los procesos de responsabilidad de médicos. Las demandas en el futuro no sólo se basarán en la (supuesta) falta de

información sobre uno u otro riesgo o en la información insuficiente, sino también en la falta de libertad al momento de la información (retardada). Esto significa para el médico que desea desvirtuar esta afirmación, que registrará con más exactitud que nunca en su documentación el momento de la entrevista durante la que ha informado a su paciente y hará anotaciones sobre la capacidad de criterio y de libre decisión del paciente.

- Este es el resultado, también, del segundo fallo judicial sobre el momento adecuado de la información sobre las diferentes alternativas de parto.

Como ya se sabe, la elección del método de tratamiento en primer lugar corresponde al médico. Este, sin embargo, está obligado a informar al paciente detalladamente sobre las diferentes alternativas de tratamiento que entran en cuenta, en vista de la diversidad de los riesgos y las posibilidades de éxito, las cargas que pueden suponer los riesgos para la mujer o las graves controversias científicas que pudiesen existir. Pues, tras haber recibido el asesoramiento completo y experto del médico, ella tiene la posibilidad de estudiar las cargas y los peligros que está dispuesta a asumir. Estas son las directrices que la jurisprudencia ha formulado durante los últimos años y ha completado con todos los detalles.

Con respecto a la situación del parto, esto no significa, según la opinión del Tribunal Supremo, que ya en la fase terminal del embarazo se tenga que llamar la atención sobre los diversos riesgos inherentes a los diferentes métodos de parto por la posibilidad teórica que pueda existir de realizar una cesárea o bien una extracción con ventosa o con tenazas. Este tipo de información será necesaria cuando haya claros indicios de la necesidad o relativa indicación de un parto por cesárea como alternativa auténtica al parto vaginal. En tal caso, la información deberá facilitarse en un momento en que la paciente todavía se encuentre en un estado de capacidad completa de reconocimiento y de libertad de decisión, de modo que pueda sopesar los diferentes riesgos para ella y para el niño.

Con esta exigencia, no obstante, el obstetra se encuentra en una situación que prácticamente no tiene solución y que, por lo tanto, no se puede exigir. Por regla general, la parturienta en la sala de partos no está en condiciones de dar su conformidad o recibir información. Además, se plantea la cuestión de si se puede exigir del médico responsable en un momento de emergencia, en el que es primordial tomar decisiones desde el punto de vista médico y registrar y valorar los datos clínicos indispensables, reconocer en el momento decisivo si la embarazada tiene el criterio suficiente para tomar una decisión. Si se abstiene de informar a la mujer con la debida antelación sobre las alternativas del parto en un momento en que tiene con seguridad la libertad de decisión (lo que debería haber hecho) y si no observa más tarde el momento idóneo, difícil de reconocer, y que posiblemente es brevísimo o ni siquiera se presenta para informar a la mujer conforme a la ley, se le podrá achacar haber esperado demasiado, pudiéndole hacer responsable tanto por lo civil como por lo penal.



La nueva decisión del Tribunal Supremo no es admisible para el obstetra y fomenta, como una sentencia más de tantas sentencias que ha pronunciado el Tribunal Supremo durante los últimos años, la medicina defensiva, tendencia desastrosa con la que, por motivos forenses, a cada parturienta ya se le informa sobre los diversos métodos del parto antes de que se presente cualquier indicio de una complicación.

La sentencia del Tribunal Supremo publicada el año anterior referente a la responsabilidad del dentista muestra también la extensión de la jurisprudencia respecto a la obligación de informar al paciente. La obligación de informar sobre procedimientos alternativos se extiende a todos aquellos casos, en los que sólo se trata de un aplazamiento de la terapia indicada y propuesta por el dentista, la que no promete un mejor éxito de curación ni menores riesgos de intervención: Si el paciente acude a un dentista que no conocía hasta la fecha para que le alivie de dolores agudos, el dentista tiene la obligación, conforme a la opinión del Tribunal Supremo y por derogación del fallo de la instancia anterior, de informarle que en lugar de la extracción inmediata del diente existe la posibilidad de combatir los dolores con una fuerte medicación, a fin de que el paciente pueda decidir si desea que la extracción se realice por otro dentista o en otra clínica.

El Tribunal no menciona la posibilidad por parte del paciente de preguntarle al médico.

También he observado esta nueva tendencia de la jurisprudencia en relación con el tratamiento de niños.

Desde siempre, la práctica se contentaba con la declaración de conformidad tácita de los padres ausentes cuando el padre o la madre presente daba su conformidad. El Tribunal Supremo acaba de desarrollar una teoría de los tres grados, que diferencia entre casos de rutina, intervenciones médicas de mayor envergadura con riesgos de consideración y grandes operaciones que implican decisiones de gran alcance para el niño. En el primer caso, o sea el del tratamiento de enfermedades y lesiones leves, el médico puede fiarse de la autorización de uno de los padres presentes y actuar en nombre del ausente. En el caso de las intervenciones de gravedad media, o sea de la segunda categoría, el médico deberá cerciorarse de que el padre o la madre presente tenga la autorización del cónyuge y el alcance de la misma. En el tercer grupo, el de las intervenciones de gran envergadura, el médico tiene que tener la seguridad, según opina el Tribunal Supremo, de que el padre o la madre ausente esté conforme con el tratamiento previsto para el niño.

No queda nada claro cómo se puede llevar esto a la práctica, ni los esfuerzos que el médico tiene que hacer, ni cómo se puede definir objetivamente el "tener la seguridad", al igual que la clasificación del caso concreto en una de las tres categorías de intervención, cuyos límites no son claramente definidos y cuya valoración es subjetiva. No es de extrañar que en el fallo fundamental ambas instancias han negado una obligación de información, puesto que la intervención era indicada y se había realizado conforme a la "lex artis". Asimismo, el fallo

demuestra, una vez más, el terreno inseguro sobre el cual se mueven el médico y su asegurador de responsabilidad civil, y lo fácilmente que incluso una práctica de largos años, como consecuencia de nuevas normas de la jurisprudencia, puede conducir a indemnizaciones por daños corporales o incluso a multas. Esto es tanto más incomprensible cuanto que la responsabilidad de médicos sólo entra en cuenta para el incumplimiento culposo de obligaciones. Sin embargo, la cuestión de la culpabilidad y de lo que es exigible al analizar el incumplimiento de la obligación de información, sin embargo, merece cada vez menos atención en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La valoración del Tribunal Supremo ha resultado equivocada: "Según la generosa evaluación del lado subjetivo por parte de la jurisprudencia, el médico apenas puede entrar en dificultades si informa a los pacientes".

- Ejemplos instructivos son los múltiples fallos en los que el Tribunal Supremo, en derogación de la instancia anterior, confirma el incumplimiento de la obligación de información o bien ordena la revisión de esta cuestión **negada por el Tribunal Regional Superior**. Pues en todos estos casos, al menos tres juristas independientes, altamente cualificados, han certificado al médico que ha cumplido enteramente su obligación de información. En algunos casos, el Tribunal Regional había obtenido el mismo resultado, de forma que la cuestión de la **culpabilidad** médica se hace más apremiante cuando el Tribunal Supremo en última instancia formula exigencias más estrictas o nuevas e imprevistas para el médico con respecto a la información sobre la intervención.

¿Entonces el médico ha incumplido realmente su deber de diligencia con respecto a la información de los pacientes? ¿Es realmente reprochable su comportamiento si los riesgos sobre los que debía informar en un caso concreto, los ha valorado de la misma forma que los tres, cuatro o incluso seis jueces profesionales de gran experiencia y expertos en la materia?

- Yo considero que la respuesta debe ser un claro "no". Es un hecho reconocido que no se le puede reprochar ninguna culpa a aquél que haya actuado de conformidad con las recomendaciones de expertos competentes. Lo que se exige es la precaución y diligencia a observar conforme al juicio de personas sensatas y concienzudas del grupo relevante de personas, comenta el Tribunal Supremo en otro contexto. Si el médico, en una entrevista personal y exhaustiva, ha informado a su paciente con diligencia y sensibilidad, tal como le han atestado los peritos o la mayoría de sus colegas de su especialidad, ya no queda motivo para reprocharle ninguna culpabilidad, a no ser que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no haya expresado una opinión contraria al respecto.

Por otra parte, tampoco se puede objetar que la cuestión de que la cantidad de la información médica es una cuestión legal que incumbe a los tribunales. Pues en otros ámbitos, por ej. en el caso de la infracción de deberes por funcionarios y abogados, la jurisprudencia de los tribunales supremos, por regla general, considera que la culpa es improcedente cuando un tribunal superior, tras el juicio oral, ha

adoptado su opinión.

Considero que esto también tiene que ser válido para el médico, tanto más cuanto que, por motivos obvios, resulta imposible poner límites exactos respecto a la extensión de la información médica, dada la multiplicidad inmensa de los estados de cosas.

Vistas las enormes dificultades de cumplir con las exigencias de información de los pacientes en la práctica médica, la utilización de hojas y formularios de información no sólo es comprensible, sino absolutamente recomendable al objeto de facilitar la transmisión de datos y para tener a disposición las pruebas en el caso de necesidad. La jurisprudencia del Tribunal Supremo, no obstante, se muestra extremadamente crítica frente a estos recursos, tal como muestra el fallo más reciente en relación con estos problemas.

Se trataba de una operación endonasal del etmoides, en la que por una lesión intraoperativa se produjo una hemorragia en la órbita, a consecuencia de la cual el paciente perdió la vista.

Cuatro meses antes de la operación el demandante había suscrito una declaración de consentimiento con el texto siguiente: "Si la supuración o la infección crónica también afecta a las zonas del etmoides situadas por encima del seno maxilar, la operación es tanto más urgente por la mayor extensión de la enfermedad y la proximidad de la órbita y las meninges. A pesar de esto, son raros los casos en que surgen serias complicaciones como consecuencia de intervenciones de este tipo. En muchos casos, después de la intervención, la sensibilidad del labio superior está alterada por algún tiempo. En otros casos, también pueden producirse ligeros dolores en las mejillas después de la operación, que prácticamente siempre desaparecen por completo. Si hay algo que no haya entendido y si desea saber algunos detalles, hágale preguntas ahora al médico."

El demandante no había sido informado sobre el riesgo de quedar ciego como consecuencia de la operación.

Ambas instancias anteriores habían considerado suficiente la información del paciente en base al formulario y denegaron la demanda, puesto que se había mencionado el peligro de que podía quedar afectada la órbita después de una intervención del etmoides y se había recomendado preguntar al médico para más detalles.

El Tribunal Supremo, no obstante, aduce que en el formulario no se advierte suficientemente sobre la peligrosidad para la órbita de una intervención del etmoides, y sólo se subraya la mayor urgencia que pueda tener la operación, dada la proximidad de la órbita en el caso de extenderse la enfermedad. Al paciente sin conocimientos de medicina no se le advierte de forma suficiente sobre el riesgo de una lesión operativa del límite de la órbita y del nervio óptico, es más, el formulario con su contenido de carácter general, sobre todo con las pequeñas complicaciones que se enumeran a continuación, obviamente pretende hacer aparecer menos graves los riesgos considerables de la

operación y obtener una idea equivocada sobre el alcance del peligro realmente existente.

Asimismo, el Tribunal Supremo ha confirmado la infracción del deber de información, puesto que el paciente no había sido informado sobre el riesgo de perder la vista, riesgo específicamente ligado a esta intervención. El perito había considerado que un tal desarrollo de la operación se daba con muy poca frecuencia y había añadido que este riesgo en los últimos 35 años en su clínica se había verificado dos veces, con lo que se movía en el ámbito de por mil. El Tribunal Supremo comentó al respecto que pese a ello el riesgo no se puede considerar puramente teórico y no se puede excluir con esta justificación de la obligación de información del médico, puesto que la jurisprudencia ya había tenido que tratar sobre esta grave complicación en varios casos! Se mencionaron tres fallos.

También la llamada "sentencia de los especialistas médicos" del 10.03.1992 pertenece a la serie de los recientes fallos del Tribunal Supremo que amplían la responsabilidad. En concreto, se trataba de complicaciones (la llamada insuficiencia de la sutura) como consecuencia de una apendicectomía que había efectuado un médico que no había terminado todavía la formación de cirujano, al que le asistía un médico que tampoco había finalizado la formación de especialista. Este hecho el Tribunal Supremo lo calificaba como indicio de que la cualificación insuficiente de ambos médicos había conducido a la insuficiencia de la sutura, por lo que se tuvo que llevar a cabo otra intervención.

En opinión del Tribunal Supremo, no es suficiente que el operador sea asistido por un médico que en el momento de la operación no haya terminado aún la formación de especialista, aunque haya llevado a cabo esta intervención ya muchas veces y disponga de experiencia operativa suficiente.

Por razones obvias, la jurisprudencia exige para cada paciente en el hospital personal asistencial competente y cualificado. Si intervienen médicos que todavía no han terminado su formación, el médico responsable o el hospital tiene la obligación de poner a disposición para supervisar y dar instrucciones, un médico con bastante experiencia profesional, cuando el principiante no posea la experiencia y capacidad necesarias.

Conforme al Tribunal Supremo, el médico supervisor tiene que tener la legitimación formal de médico especialista. Considero que esta exigencia va demasiado lejos. Lo importante es que disponga de los conocimientos suficientes teóricos y prácticos para supervisar la intervención concreta, o sea garantizar al paciente la calidad de especialista. Lo que se exige son los conocimientos específicos, las capacidades y experiencias del médico supervisor en el momento del tratamiento con respecto a la intervención respectiva y no el criterio formal de un certificado o un examen.

Otra evolución de la jurisprudencia digna de mencionar desde el punto de vista del derecho de responsabilidad se refiere a la indemnización

por daños corporales. Si un niño, por ej. durante el parto, sufre un daño cerebral como consecuencia de un error de tratamiento, y este daño conduce a una pérdida casi total de la capacidad de percepción y de sensibilidad, se puede hablar de un daño inmaterial a raíz del deterioro de la personalidad que ha sufrido y que deberá indemnizarse con dinero. Abandonando expresamente la jurisprudencia anterior que solamente adjudicaba una indemnización simbólica, el Tribunal Supremo ahora hace resaltar:

"Los impedimentos de esta envergadura reclaman una mayor valoración con vistas al fallo constitucional respecto al valor en art. 1 de la Ley Fundamental de la Constitución Alemana y prohíben una valoración puramente simbólica. La pérdida de la personalidad y de la calidad personal por causa del grave daño cerebral en sí ya representa un daño inmaterial indemnizable, independientemente de si el dañado está consciente de la limitación o no."

Este cambio de la jurisprudencia ha surtido efecto: Los importes de indemnización que hasta la fecha también en los casos de daños cerebrales gravísimos, apenas excedían los 60.000 de DM, han aumentado considerablemente y llegarán a alcanzar importes muy elevados de seis dígitos.

Voy a citar un último ejemplo de esta tendencia que se ha mantenido constante desde hace años respecto a la repercusión de la responsabilidad que se refiere al problema de lo que llamamos "el niño como daño".

El Tribunal Constitucional en su sensacional sentencia del 28.05.1993 ha formulado, a la sorpresa de todos, la directriz siguiente:

"La calificación legal de la existencia de un niño como origen de un daño no está conforme con la constitución (art. 1, párrafo 2, Ley Fundamental de la Constitución Alemana). Por este motivo, la obligación de pagar alimentos para un niño no se entenderá como daño."

El Tribunal Supremo comparte, en principio, esta opinión, sin embargo no puede ver ningún motivo derivado de la Constitución" de apartarse de la jurisprudencia anterior. Más bien sigue manteniendo que, teniendo en cuenta las objeciones críticas, en aquellos casos en que la esterilización ha fallado por culpa del médico, o se ha impedido o ha fallado un aborto con una indicación embriopática o criminológica, al médico como socio contractual se le puede reclamar una indemnización por los alimentos que tienen que soportar los padres por el niño."

El Tribunal Supremo incluso va más lejos y aplica sus principios desarrollados para los casos mencionados anteriormente a aquel caso cuyo fallo hasta la fecha no se ha dictado, en el que el asesoramiento genético erróneo del médico ha conducido al nacimiento de un niño genéticamente minusválido, de cuya generación los padres se hubieran abstenido si se les hubiera informado exhaustiva y correctamente.

A raíz de la actual confusión y la división de la jurisprudencia con dos fallos contrarios dictados por tribunales supremos no se puede predecir con la mínima seguridad el resultado de los juicios en este

sector. Esta situación es insoportable para todas las partes involucradas y es preciso que se halle una solución mediante una aclaración definitiva de las opiniones jurídicas divergentes entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

Quisiera finalizar ahora mi visión de conjunto sobre la reciente evolución en el derecho de la responsabilidad de médicos. El endurecimiento de la responsabilidad de médicos, ante todo en el sector de la obligación de información, llama la atención y hay motivo para preocuparse de que la responsabilidad del médico y de los hospitales que en la teoría del derecho se orientaba por el principio de la culpabilidad, en la práctica jurídica se va abandonando cada vez más, convirtiéndose en una secreta responsabilidad objetiva. Así, los límites entre el agravio y el accidente, se mezclan - un desarrollo que también se observa en muchos otros sectores (por ej. en el de la responsabilidad de productos). No es probable que se produzca un cambio o inversión esta tendencia, más bien al contrario: Es de temer que la operación ambulante que predominará en el futuro y que se ha apoyado tanto por los políticos, y que hasta la fecha en la jurisprudencia apenas se tenía en cuenta, evolucionará a un sector especialmente susceptible de responsabilidad. Puesto que cuanto más pequeña los legos valoran la intervención y cuanto más inesperada la complicación, tanto más se puede contar, en el caso de producirse accidentes o de obtenerse resultados negativos, con consecuencias relacionadas con el derecho de responsabilidad, visto que una serie de cuestiones jurídicas en torno a las operaciones ambulantes han quedado pendientes de regulación, operaciones en las que ante todo se aplican técnicas de la cirugía minimal-invasiva, que por su parte tienen una afinidad respecto al riesgo. La próximas jornadas de R. C. demostrarán si esta preocupación era justificada o no.