

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE INFORMACIÓN Y AL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL EN UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.*

M^a Elena Sánchez Jordán

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de La Laguna

I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene por objeto el análisis y comentario del caso enjuiciado por el Tribunal Supremo austríaco en su sentencia de 23 de noviembre de 1999. Dicha labor requiere, con carácter previo, que se enuncien los hechos fundamentales del asunto, así como las soluciones dadas en las distintas instancias, aun a costa de alargar con ello este comentario.

La actora, que reclama una indemnización de 100.000 chelines en concepto de indemnización por daño personal y desfiguración, y que además solicita que se declare la responsabilidad de la parte demandada por todos los daños que se derivaron del tratamiento que se le dio a partir del 24 de diciembre de 1991 como consecuencia de una fractura del dedo anular de la mano izquierda, había sido víctima de una caída el día 23 de diciembre de 1991, alrededor de las 17.00 horas. Más de 24 horas más tarde —poco antes de la medianoche del día 24 de diciembre— acudió a una clínica de urgencias para recibir atención médica en el dedo afectado. Una vez diagnosticada la lesión, se procedió a su tratamiento a lo largo de unos diez meses, en cuyo transcurso se produjeron ciertas complicaciones que desembocaron, el 14 de octubre de 1992, en la amputación del dedo lesionado. La actora apoya su reclamación en dos argumentos: Alega, por un lado, la existencia de error médico en el tratamiento. Aduce, por otra parte, falta de información acer-

ca de la amputación, afirmando que firmó la declaración de consentimiento para aquella intervención de forma inconsciente y desesperada. La demandada, titular legal de la clínica en la que se prestó asistencia médica a la actora, replica que el tratamiento se había realizado de manera absolutamente profesional y que fue una cadena de circunstancias desfavorables la que condujo a la necesidad de amputar el dedo lesionado. Señala, además, que se había cumplido el deber de información por parte del médico encargado.

En primera instancia se desestima íntegramente la demanda: El Juzgado rechaza los argumentos de la actora, y concluye, por un lado, que no es posible hablar de error médico y que la pérdida del dedo debía considerarse una fatalidad. Entiende, por otra parte, que aunque hubiera sido obligación de la parte demandada probar o bien que se había dado la información pertinente, o bien que la paciente había consentido la intervención, la negativa de la actora a dispensar a los médicos (citados como testigos por la parte demandada) de su deber de secreto, impide a la titular de la clínica la aportación de pruebas y conduce a una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la demandante. Considera que la única forma de interpretar aquella negativa es la de que la actora sabía que los médicos documentarían que se le había dado toda la información, y que había prestado pleno consentimiento para la intervención prevista, sobre todo teniendo en cuenta el peligro que corría la mano izquierda completa en el caso de no practicarse la amputación.

En segunda instancia, el Tribunal de apelación vuelve a rechazar las pretensiones de la actora, ratificando las conclusiones del Juzgado de primera instancia en lo relativo a la inexistencia de error médico. Por lo que se refie-

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU 200/0266, titulado "La responsabilidad civil a comienzos del tercer milenio", y constituye un desarrollo de cuestiones tratadas en los capítulos IV.4.2. y VII.3.1.2 de la obra del prof. Yzquierdo Tolsada (investigador principal del citado proyecto), "sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual", ed. Dykinson, Madrid 2001.

re a la falta de información alegada, y a pesar de que considera que las manifestaciones de la demandante en este punto son admisibles, entiende, en cambio, que su contenido carece de justificación. Afirma, por un lado, que el hecho de que la declaración de conformidad del 14 de octubre de 1992 no llevara la firma de ningún médico no significa que su rúbrica por la actora no hubiera estado precedida por una conversación por el médico. Señala, por otro, que son varios los motivos que llevan al Tribunal de segunda instancia a dudar de la veracidad de la declaración de la demandante según la cual el médico no la informó antes de la amputación, explicando que la negativa de la actora de relevar a los médicos de su deber de secreto fue estimada libremente por el Juzgado de primera instancia, debiendo darse por buena su apreciación de que la demandante intentó evitar, de esa manera, que su declaración fuese refutada mediante otras pruebas.

El Tribunal Supremo austríaco (*OGH*) confirma, en su sentencia de 23-11-99, objeto de este comentario, que no existió error médico y que el tratamiento siguió las pautas médicas correctas. En cambio, y en lo que se refiere a la falta de información o información insuficiente por parte de los médicos, considera:

- Que las instancias previas estiman de manera equivocada el reparto de la carga de la prueba, puesto que no se da ninguna de las razones que justifican la modificación de la carga objetiva de la prueba, que en este caso concreto pesaba sobre el demandado.

- Que juzgan mal la esencia del secreto profesional en relación con la información prestada a la paciente, relativa a la intervención que se le iba a practicar, considerando que los datos sobre los que hubiera versado la prueba no se encontraban amparados por el secreto profesional. Se entiende, de este modo, que aun a pesar de la negativa de la actora, debió de haberse tomado declaración a los testigos en relación al contenido de la información que, según la parte demandada, le fue proporcionada a la demandante.

Tales argumentos conducen a la remisión del procedimiento al Juzgado de primera instancia, con el fin de que se proceda al interrogatorio de los médicos, citados como testigos, y se vuelva a resolver sobre la pretensión indemnizatoria de la demandante.

En la tarea de tratar de aventurar cuál hubiera sido la solución a la cuestión resuelta por el *OGH* austríaco en nuestro ordenamiento jurídico, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto se plantean cuestiones de dos tipos: de orden sustantivo, por un lado, y de carácter procesal, por otro. En el primero de los planos mencionados habrá de

examinarse el derecho de información que corresponde a todo paciente y su conexión con el llamado "consentimiento informado", así como el contenido y alcance del deber de secreto médico. En el segundo, será preciso centrar la atención en la carga de la prueba en el proceso civil, haciendo especial hincapié en el art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que ha venido a sustituir al art. 1214 Código Civil (en adelante, CC).

II. LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE.

1. El derecho a la información del paciente.

De acuerdo con la doctrina española, la información que ha de proporcionarse al paciente presenta dos vertientes¹: al mismo tiempo que puede ser entendida como un derecho de aquél², representa uno de los deberes *ex officio* del médico³, recibiendo la consideración de parte integrante de su obligación de medios⁴. A lo expuesto ha de añadirse que, con frecuencia, quienes se han ocupado de la información desde la perspectiva del deber del médico han propuesto la distinción entre información como instrumento necesario e indispensable en la actividad curativa —información *terapéutica*— y la información como requisito del consentimiento para el tratamiento⁵, esto es, como presupuesto del denominado *consentimiento informado*, al que se dedicará el próximo apartado de este epígrafe.

¹ Las distinguen claramente A. VIANA CONDE y A. DE SAS FOJÓN, 'El consentimiento informado del enfermo', *La Ley*, 1996-2, p. 1331.

² Le otorga la consideración de derecho, entre otros, J.C. GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 20. También se refiere al derecho a la información en el ámbito sanitario J.L. LAFARGA i TRAVER, 'Problemas legales asociados al tratamiento informático de la historia clínica: La responsabilidad médica en el tratamiento de datos', *DS (Derecho y Salud)*, 1999, 7/2, p. 43.

³ J. SÁNCHEZ CARO, 'El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles', *La Ley*, 1993-3, p. 941; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad sanitaria (médica y de enfermería)*, Ed. La Ley, Madrid, 1995, p. 93; F.J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 164.

⁴ Tal y como se señala expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 25 de abril de 1994 (*Aranzadi*, 3073).

⁵ C.M. ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, pp. 47 y 48; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos*, ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 210 y siguientes; E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 48; A. FRAGA MANDIÁN y M.M. LAMAS MEILÁN, *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico quirúrgica)*, ed. Revista Xurídica Galega, 1999, pp. 79 y siguientes. También efectúa la distinción J. SÁNCHEZ CARO, 1993, p. 941, aunque se ocupa de la información en su aspecto de derecho del paciente.

La información, en su aspecto de derecho, se encuentra consagrada en el art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en el que se establece lo siguiente: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento", debiendo destacarse que se trata de un derecho que corresponde al paciente tanto en el ámbito de la asistencia sanitaria pública, como en la privada, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.15 LGS. La creciente importancia de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico queda patente en la elaboración de una Proposición de Ley por el Senado, relativa a los Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (PLDI), publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de abril de 2001, en cuya Exposición de Motivos se señala que el objetivo básico de la ley es profundizar en la concreción práctica de los derechos a la información, al consentimiento informado y al acceso a la documentación clínica de todos los ciudadanos españoles en el ámbito sanitario⁶. A lo expuesto ha de añadirse que las Comunidades Autónomas no son ajenas a esta situación: buena muestra la constituyen la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre Derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica⁷ (LCDI), y la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes⁸ (LGCI).

Sabido lo anterior, resulta de interés efectuar una breve mención a algunas de las cuestiones que, relacio-

nadas con el derecho a la información, presentan una especial relevancia en el caso que nos ocupa: se trata, por una parte, de las relativas a la forma y contenido de la información; por otra, de las que se refieren a los sujetos titulares de ese derecho. Interesa destacar aquí, en cuanto a la forma en que se debe proporcionar la información, que el art. 10.5 LGS exige que sea verbal y escrita⁹ y que se dé en términos comprensibles¹⁰, probablemente con el fin de evitar que el lenguaje técnico deje sin contenido este derecho¹¹, añadiéndose, en la LCDI y en la PLDI, que se deberá dar, además, de manera adecuada a las necesidades y requerimientos del paciente. Por lo que se refiere a su contenido, el art. 10.5 LGS antes citado se refiere a una información que debe ser completa y continuada sobre su proceso, incluyendo la evolución previsible y las alternativas de tratamiento, aunque sin precisar cuándo es suficiente¹², limitándose la LCDI y la PLDI a referirse al derecho de los pacientes a conocer "toda la información obtenida sobre la propia salud" (art. 2.1). La LGCI resulta, en cambio, mucho más expresiva, aunque se circunscribe a la información que se debe prestar con carácter previo al consentimiento del paciente, a la que parece otorgar una consideración distinta de la información del art. 10.5 LGS, como parece deducirse de su art. 3¹³. En cualquier caso, la norma gallega puede resultar de

⁹ A. VIANA CONDE y A. DE SAS FOJÓN, 1996, p. 1331, critican la exigencia de forma escrita, entendiéndolo que puede conducir a consecuencias claramente injustas.

¹⁰ J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1988, p. 212, señala que el médico debe transformar los elementos técnicos para adaptarlos al paciente en función de su capacidad, sin que se exija que se trate de una información científica. De forma parecida, J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Ed. Comares, 3ª ed., Granada, 2000, p. 169.

¹¹ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 165.

¹² Por lo que es necesario acudir a las decisiones de nuestro Tribunal Supremo (TS). La de 25 de abril de 1994 (*Aranzadi 3073*), precisa el contenido de la información (desde la perspectiva del deber del médico), al señalar que es deber del facultativo "informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, puedan derivarse... En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resultan necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia".

¹³ Lo mismo sucede en la doctrina, como ya se indicó: varios autores distinguen entre información terapéutica, concebida como información obligada por las necesidades del tratamiento, y, además, como instrumento necesario e indispensable en la actividad terapéutica, por un lado, e información como requisito del consentimiento en su fase de adhesión al tratamiento prescrito por el facultativo, por otro. Así, por ejemplo, C.M. ROMEO CASABONA, 1985, pp. 47 y 48; J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1995, p. 93; A. FRAGA MANDIÁN y M.M. LAMAS MEILÁN, 1999, pp. 79 y siguientes.

⁶ El art. 2 de esta Proposición de Ley se inserta en su Capítulo II (que lleva por rúbrica "El derecho a la información") y dispone: "1. En cualquier intervención asistencial, los pacientes *tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud*. No obstante, es necesario respetar la voluntad de una persona de no ser informada. 2. La información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, debe ser verídica, y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, para ayudarle a tomar decisiones de manera autónoma. Corresponde al médico responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información. También deben asumir responsabilidad en el proceso de información los profesionales asistenciales que le atienden o le aplican una técnica o un procedimiento concretos."

⁷ Resulta indudable que la Ley catalana ha servido de modelo al Senado español para la elaboración de su Proposición de Ley, en la que transcribe la primera casi literalmente, incluido su art. 2.

⁸ Esta norma, más preocupada por el consentimiento informado que por el propio derecho de información del paciente, dispone en su art. 3.2, que "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, todo paciente tiene derecho a la información general que se contempla en el art. 1015 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad."

utilidad al enunciar numerosos parámetros en relación con el contenido de la información¹⁴.

A pesar de la falta de concreción de la legislación en este punto —con la excepción representada por la LGCI—, de su letra se desprende de manera indubitada que el paciente tiene derecho a conocer qué terapia será utilizada en el tratamiento de su dolencia y si existe alguna otra alternativa, qué efectos pueden derivarse de la misma y cuáles son los riesgos —al menos, los ordinarios¹⁵— que pueden acompañar una actuación médica —quirúrgica o no—, así como los que pueden ocasionarse si falta la misma¹⁶.

Por lo que se refiere a la titularidad del derecho a la información —cuyo cumplimiento ha de ser garantizado por el médico responsable del paciente o por los profesionales asistenciales que le atienden o aplican una técnica o un procedimiento concretos, según se dispone en el art. 2.3 LCDI y PLDI— el art. 10 LGS se limita a manifestar que se trata de un derecho que corresponde a "todos", sin más precisiones, aunque del apartado 5 de la norma citada puede deducirse que se refiere al paciente, a sus familiares y allegados¹⁷; en cambio, la LCDI y la PLDI concretan que el titular de este derecho es el pa-

¹⁴ Las características de la información que debe prestarse se encuentran reguladas en el art. 8 LGCI, precepto de gran interés que se transcribirá íntegramente: "1. la información será habitualmente verbal y constará, además, por escrito en aquellos actos diagnósticos y terapéuticos que entrañen un riesgo considerable para el paciente. 2. La información será comprensible, continuada, razonable y suficiente. 3. La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente. 4. La información será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente. 5. La información deberá incluir: Identificación y descripción del procedimiento. Objetivo del mismo. Beneficios que se esperan alcanzar. Alternativas razonables a dicho procedimiento. Consecuencias previsibles de su realización. Consecuencias de la no realización del procedimiento. Riesgos frecuentes. Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia. Riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente".

¹⁵ Esta es, al menos, la posición doctrinal mayoritaria. F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 165, indica, no obstante, que alguna jurisprudencia entiende que el deber de información abarca *toda clase de riesgos*. Téngase en cuenta, además, que la LGCI hace referencia a tres tipos distintos de riesgos acerca de los cuales debe informarse al paciente (véase nota anterior).

¹⁶ J. SÁNCHEZ CARO, 1993, pp. 943 y 944, ha defendido la formulación de criterios orientativos que sirvan de base para determinar el alcance de la información en los distintos casos.

¹⁷ Esta *ampliación* de la titularidad a los familiares y allegados ha sido objeto de fundadas críticas, pues parece mejor entender, como propone J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 45, que sólo el paciente es titular del derecho, existiendo un deber de confidencialidad del médico que sólo permitiría dar esa información a las personas aludidas en el art. 10.5 LGS en los casos de incapacidad del paciente. En cualquier caso, y como se comprobará inmediatamente, parece que se trata de un aspecto que va a ser corregido (o al menos eso es lo que resulta del art. 3.1 PLDI).

ciente (art. 3.1), aunque establecen previamente la necesidad de respetar su deseo de no ser informado si manifiesta su voluntad en ese sentido (art. 2.1). Además, la LCDI y la PLDI contienen ciertas especialidades en relación con el titular de la información en las dos hipótesis siguientes: Primero, en el caso de incapacidad del paciente, supuesto en el que obliga a informarle en función de su grado de comprensión, "sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación" (art. 3.2); segundo, cuando el paciente no es competente, a juicio del médico responsable de la asistencia, para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, señalando entonces que "debe de informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas" (art. 3.3). Mas, a pesar de las buenas intenciones que han guiado al legislador a la hora de incluir estas reglas, su interpretación no se encuentra libre de dificultades: Así, por un lado, en el caso del incapaz aludido en el art. 3.2 no aclara si se trata del incapaz natural o del que ha sido declarado por sentencia firme, a pesar de lo cual la referencia que se hace al representante puede permitir que nos decantemos por lo segundo, aun cuando en el art. 7.2b) LCDI y PLDI —relativo al otorgamiento de consentimiento por sustitución— sí que se alude de forma expresa a los casos de incapacidad legal. Por otro lado, en el supuesto regulado en el art. 3.3 —en el que podría incluirse al incapaz no declarado judicialmente si se entiende que no cabe en el art. 3.2—, el empleo del adverbio *también* hace surgir la duda de si el médico ha de informar al paciente y, además, a los familiares o personas vinculadas o si, dado el estado de *incompetencia natural y transitoria de entender* del paciente, sólo habrá de informar a sus familiares o personas vinculadas. Sea cual fuere la respuesta a este interrogante, de haber sido de aplicación esta normativa en el supuesto litigioso, podría quizás haberse defendido el derecho de los familiares de la paciente de ser informados, atendiendo a que ésta se encontraba desesperada, llegando incluso a manifestar que firma el consentimiento para la amputación de forma inconsciente y desesperada, dato que sería indicativo de su incompetencia natural y transitoria de entender.

2. El deber de información del médico y el consentimiento informado.

Una vez analizada la información en su vertiente de derecho del paciente, ha de insistirse en la idea de que aquélla ha recibido, también, la consideración de deber

del médico¹⁸. Desde esta segunda perspectiva se ha entendido que se trata de un requisito indispensable para que el enfermo pueda formar su voluntad sobre el acto médico que se le propone y sea capaz, en consecuencia, prestar el consentimiento al tratamiento prescrito¹⁹, manifestación que deberá formalizarse por escrito si lo que se propone es —como en el caso que nos ocupa— la realización de una intervención quirúrgica, de conformidad con lo previsto en el art. 10.6 LGS²⁰.

Puede afirmarse, pues, que atendido el derecho del paciente de recibir una información comprensible, completa y continuada acerca de su proceso, en la que debe incluirse la relativa a los tratamientos a aplicar, y, en su caso, las alternativas posibles²¹, el obligado a facilitar la información habrá dado cumplimiento a su deber y, por tanto, habrá puesto las bases necesarias para que el paciente preste —o no²²— su consentimiento a la actuación médica propuesta²³. No debe perderse de vista que el consentimiento informado es presupuesto de licitud de la intervención médica sobre el cuerpo humano²⁴, tratándo-

se de una actividad que permite al paciente participar en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad²⁵. Es posible afirmar, además, que la necesidad de su emisión es una exigencia que se funda en el respeto a la libertad personal del paciente²⁶ y, sobre todo, en su derecho a la integridad física²⁷ y moral recogido en el art. 15 Constitución española, tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990, de 27 de junio.

El consentimiento debe ser prestado por el paciente —al que se refiere el art. 10.6 LGS como "usuario"—, si bien la LGS traslada esta facultad a los familiares o allegados del paciente en el caso de incapacidad de éste para tomar decisiones (art. 10.6.b LGS)²⁸. En supuestos muy similares al descrito, también la LCDI, la PLDI y la LGCI contemplan la posibilidad del otorgamiento del consentimiento por sustitución, atribuyendo esa facultad a distintas personas, en función del caso de que se trate²⁹.

La propia LGS contiene, además, dos excepciones a la exigencia de consentimiento del paciente:

- Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública (art. 10.6.a LGS), previsión que se reproduce en el art. 7.1.a LCDI y PLDI³⁰, y en el art. 11.a LGCI³¹.

- Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o peligro de falleci-

¹⁸ M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, reimpresión a cargo de la Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 316, afirma que la obligación de información es una de las obligaciones integrativas instrumentales que pesan sobre el profesional liberal. Nótese, por otra parte, cómo R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad civil*, ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1993, p. 229, destaca que, en ocasiones, la condena del médico no se debe a su impericia o negligencia, sino a la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico.

¹⁹ J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1995, pp. 93 y siguientes; F.J. VILLAR ROJAS, 1996, pp. 163 y siguientes; A. FRAGA MANDIÁN y M.M. LAMAS MEILÁN, 1999, pp. 79 y siguientes.

²⁰ Aunque el art. 10.6 LGS se refiere al "previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención", sin más precisiones, la doctrina ha entendido que la exigencia de consentimiento escrito debe entenderse referida a los casos de intervenciones quirúrgicas (J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 24), sin perjuicio de que también pueda prestarse el consentimiento de esta forma en otro tipo de actos médicos, tal y como sostiene F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 162. En esta última línea, el art. 3.1 LGCI exige el consentimiento escrito "para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona [el paciente] y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables". Por su parte, el art. 6.2 LCDI y PLDI exige esta declaración escrita "en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general, cuando se llevan a cabo procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente".

²¹ J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 45, alude, incluso, a la información acerca de la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado.

²² Téngase en cuenta que el art. 10.9 LGS permite al paciente a negarse al tratamiento.

²³ J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 45. A juicio de C.M. ROMEO CASABONA, 1985, p. 47, la información es un requisito previo para la validez del consentimiento; de acuerdo con F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 163, sin la información el consentimiento del paciente estará viciado; no será libre, ni consciente.

²⁴ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 166. C.M. ROMEO CASABONA, 1985, pp. 16 y 17, ha entendido, al menos en relación con la actividad médico-quirúrgica no curativa, que es el consentimiento del intervenido

el que justifica las mutilaciones o lesiones inferidas por el facultativo en el cuerpo del paciente. Respecto de la actividad curativa, considera que la finalidad de la actuación del médico (curar), impide la existencia coetánea de una intención de lesionar al paciente.

²⁵ J.A. MARÍN GÁMEZ, 'A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 LGS: la relevancia jurídica del consentimiento informado', *RGD*, (*Revista General de Derecho*), 1995, pp. 8243 y 8244.

²⁶ C.M. ROMEO CASABONA, 1985, p. 47.

²⁷ Ya la sentencia TS (Sala 2ª), de 10 de marzo de 1959 (*Aranzadi* 831), establece que la intervención quirúrgica sólo estaría autorizada "en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga en riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, porque de no ser así, las más elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal...".

²⁸ Como indica J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, pp. 140 y 141, el consentimiento de los familiares no sirve para suplir el del paciente salvo cuando éste no se encuentre en condiciones de prestarlo, o concurren circunstancias extraordinarias que impidan la demora en la intervención, con cita de la sentencia del TS de 24 de mayo de 1995 (*Aranzadi* 4262).

²⁹ En concreto, en el art. 7.2 LCDI y PLDI y en el art. 6 LGCI.

³⁰ Que precisa que esa excepción se dará si, además del riesgo para la salud pública, "lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación que sea de aplicación".

³¹ En este supuesto se exige que así se declare expresamente por acuerdo de las autoridades competentes.

miento (art. 10.6.c LGS y art. 11.c LGCI)³², posibilidad criticada en nuestra doctrina por su dudosa constitucionalidad, al suponer una limitación a la voluntad decisoria del paciente, proponiéndose una interpretación restrictiva de la misma³³, que ha sido acogida en la redacción del art. 7.1.b LCDI y PLDI³⁴.

El carácter marcadamente excepcional de los supuestos en los que se puede llevar a cabo la intervención médica sin necesidad del consentimiento del paciente explica que en tales casos sólo se permitan aquellas actuaciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada (art. 7.1-IV LCDI y PLDI).

La emisión del consentimiento por el paciente tiene como efecto principal, como se apuntó *supra*, el de convertir en lícita la intervención efectuada por el médico, afirmación que no significa, en ningún caso, que el paciente libere al médico de su responsabilidad y de sus deberes de cuidado en el ejercicio de su profesión: sólo expresa la voluntad del paciente de soportar los riesgos de la intervención o del tratamiento³⁵. Y es que, aunque pueda entenderse que la actuación médica no constituye por sí misma un ataque a la integridad física³⁶, son mu-

chos los supuestos en los que del tratamiento elegido por el facultativo puede seguirse la producción de daños más o menos previsibles, en cuyo caso el consentimiento informado del paciente actúa como factor de asunción de riesgos, con virtualidad exoneradora de la responsabilidad del médico, siempre que los daños deriven precisamente del riesgo asumido³⁷. Se explica, así, la afirmación —efectuada en relación con la asistencia sanitaria pública— de que el consentimiento ocasiona un traslado de la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento sea infructuoso, bien porque siendo exitoso genere efectos secundarios —en el entendido de que la asistencia médica se ha prestado correctamente—, lo que debería significar la exoneración de responsabilidad de las administraciones sanitarias por actos médicos, al menos en relación con los riesgos conocidos y asumidos por el paciente³⁸, conclusión que, a la luz de las tesis sostenidas por la doctrina civilista³⁹, resulta perfectamente trasladable al ámbito de la sanidad privada, como además han admitido nuestros Tribunales en supuestos en los que no sólo falta el consentimiento del paciente; es que éste ni siquiera fue informado de los riesgos de la intervención⁴⁰.

III. EL DEBER DE SECRETO MÉDICO Y SU ALCANCE.

Teniendo en cuenta que en el caso analizado el principal argumento empleado para decidir acerca de la carga de la prueba en primera y segunda instancia es el de la negativa de la actora a dispensar a los médicos de su deber de secreto, se hace inevitable una breve referencia

³² Para F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 161, este supuesto también se incluiría en los de otorgamiento de consentimiento por sustitución —en este caso, por el médico responsable—, pero ha de indicarse que en el art. 10.6.c LGS no se contiene ninguna previsión al respecto, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis regulada en el art. 10.6.b LGS.

³³ C.M. ROMEO CASABONA, 'Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español', en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes*, INSALUD, Madrid, 1992, pp. 192 y 193; F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 161, nota 300.

³⁴ En el precepto se dispone que "Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento: b) Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no es posible conseguir la autorización de éste o de sus familiares o de las personas a él vinculadas". El art. 11.b y d LGCI contiene otras dos excepciones a la necesidad del consentimiento previo: el supuesto de incapacidad del paciente e inexistencia de familiares o allegados, o negativa injustificada de estos últimos, siempre que ello ocasionara un riesgo grave para la salud del paciente y se deje constancia escrita de tales circunstancias, por un lado; por otro, el caso de que el paciente manifestase expresamente su deseo de no ser informado, supuesto en el que la ley establece la necesidad de respetar su voluntad, "sin perjuicio de obtener el consentimiento previo para la intervención".

³⁵ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 166.

³⁶ Si se entendiera que sí lo es, podría afirmarse, siguiendo a L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, 1999, pp. 304 y 305, que el consentimiento de la víctima —en nuestro caso, el paciente— es causa de justificación y, en consecuencia, de exclusión de responsabilidad, al menos en los casos en los que la lesión y el consentimiento recaen en situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular, siempre que (1) el interesado preste el consentimiento con el conocimiento que resulte exigible de los riesgos que corre, y recibiendo, cuando sea necesario, la oportuna información, si la otra parte se encuentra en condiciones de dársela, y (2) el autor de la lesión actúe en interés del lesionado y de acuerdo con su voluntad presumible, y con las reglas de la diligencia exigible. Sobre la asunción de riesgos, consúltese BUSTO LAGO, *La*

antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 330 y ss.

³⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 351 y 352.

³⁸ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, pp. 136 y 169, aunque no es ésta la tendencia seguida por el Tribunal Supremo, como el mismo autor demuestra.

³⁹ L. Díez-PICAZO, 1999, pp. 304 y 305; M. YZQUIERDO TOLSA-DA, 2001, pp. 351 y 352.

⁴⁰ Especialmente significativa es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, en la que se afirma que la falta de información a la madre de la paciente acerca de los riesgos de la intervención y de las alternativas posibles llevan a sostener que los demandados (médicos y congregación religiosa propietaria del centro sanitario) "asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible". También se ha sostenido la responsabilidad del médico que incumpla el deber de informar, en las sentencias del TS de 25 de abril de 1994 (*Aranzadi* 3073); 18 de febrero de 1997 (*Aranzadi* 1240); 28 de noviembre de 1998 (*Aranzadi* 10164), así como en las sentencias de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, de 30 de julio de 1990; AP de Badajoz, de 22 de abril de 1991; AP de Barcelona de 1 de diciembre de 1999 (*Aranzadi civil* 2363); AP de Córdoba de 25 de enero de 2000 (*Aranzadi civil* 94), entre otras.

a la configuración del mismo —con especial atención a la cuestión relativa a su contenido y alcance— en el ordenamiento español. Se admite unánimemente en nuestra doctrina que uno de los principales deberes del médico es el de guardar el secreto profesional⁴¹, obligación que encuentra su fundamento en el art. 18 de la Constitución Española⁴², y que aparece desarrollada por el art. 10, apartados 1 y 3 LGS, en los que se establecen los derechos del paciente al respeto a su dignidad e intimidad (10.1) y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias (10.3)⁴³. Ha de añadirse que el art. 7.4 de la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, otorga la consideración de intromisión ilegítima a "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela", y que el art. 199.2 Código Penal castiga al "profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona". Es también necesario mencionar, por último, que el secreto profesional del médico se encuentra detalladamente regulado en los arts. 16 a 20 del Código de Deontología y Ética Médica de 31 de marzo de 1990.

De lo expuesto resulta evidente que el deber de secreto médico está contemplado de forma expresa en el Derecho español, sabido lo cual se hace preciso centrar la

⁴¹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 'Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario', *La Ley*, 1987-1, pp. 1011 y siguientes; J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1988, pp. 216 y siguientes; E. LLAMAS POMBO, 1988, pp. 272 y 273; C.M. ROMEO CASABONA y M. CASTELLANO ARROYO, 'La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica', *DS*, 1/1, 1993, p. 5; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, p. 155. En palabras de M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, p. 320, la obligación de secreto forma parte de los deberes de corrección que pesan sobre el profesional liberal y tiene un carácter accesorio respecto de la prestación del servicio, debiendo entenderse la accesoriedad en el sentido de que con el deber de secreto se tutelan intereses diferentes de los que la obligación principal tiende a satisfacer; en el caso del médico, en concreto, considera que su secreto "protegerá intereses preferentemente morales y distintos del de la salud". Se tratará, de existir previo contrato de servicios médicos, de un daño de naturaleza inequívocamente contractual, aunque de carácter extrínseco: su contenido puede no haber sido expresamente pactado, pero sí formará parte de las obligaciones derivadas de la buena fe, los usos médicos, y la propia ley (art. 1258 CC., 7.4 L.O. de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen y art. 199 Cpenal).

⁴² En cuyo apartado 1 se dispone: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". En el 4 se establece: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". A juicio de M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, p. 321, el fundamento del deber de secreto reside, concretamente, en la protección a la dignidad de la persona.

⁴³ También se encuentra regulado el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud de toda persona en el art. 5 LCDI y PLDI.

atención en la cuestión relativa al contenido y el alcance de esta obligación que se hace recaer sobre el médico, haciendo constar que a pesar de que no se trata del único aspecto de interés, sí que es el más relevante para este trabajo⁴⁴. En este punto se ha de entender, con la generalidad de la doctrina, que el secreto se refiere no sólo a los datos comunicados por el paciente al facultativo; alcanza, también, a los descubiertos por el médico, a los relativos al tratamiento empleado y al diagnóstico final; en definitiva, abarca todos los hechos que llegan al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión⁴⁵, si bien se ha indicado que no deben entenderse comprendidos en él los hechos o circunstancias que no tienen la consideración de privados o íntimos y que, por tanto, no vulneran la intimidad del paciente⁴⁶. El problema radicaría, en el caso de admitirse la exclusión propuesta, en determinar cuáles son los datos que merecen el calificativo de privados o íntimos —protegibles, en consecuencia, por el deber de secreto— y cuáles los que no. En este punto, la sentencia del OGH de 23-11-1999 nos proporciona algunas pistas que, sin lugar a dudas, serían perfectamente válidas para el ordenamiento jurídico español: en ella se afirma que la constestación por el médico, citado como testigo, a la pregunta relativa a si el paciente fue informado y, en su caso, en qué medida fue informado de la intervención médica, de sus riesgos y de sus consecuencias, no tiene en principio como objeto ningún secreto del que el médico hubiera tenido conocimiento o que le fuera revelado durante el ejercicio de su profesión⁴⁷. Parece evidente, pues, que la respuesta a las preguntas cuya finalidad no sea el conocimiento de datos privados del paciente, sino que tengan por objeto la comprobación del cumplimiento o incumplimiento por parte de los facultativos de la obligación de informar que les incumbe no deben considerarse sometidas al deber de secreto médico, de manera que

⁴⁴ Conviene mencionar, siquiera brevemente, las que tienen que ver con algunos de los límites o excepciones del deber de secreto (enunciados por J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, pp. 159 y siguientes), que se presentan, básicamente, cuando el médico está obligado a revelar el secreto; este supuesto podría darse, por ejemplo, con ocasión de la utilización de la historia clínica por personas distintas de su autor, en especial, en causas penales, civiles, laborales o contencioso-administrativas, analizadas por R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1987, pp. 1011 y siguientes. También se han ocupado de esta cuestión, y de algunas conexas, entre otros, C.M. ROMEO CASABONA y M. CASTELLANO ARROYO, 1993, pp. 8 y siguientes, y J.L. LAFARGA i TRAVER, 1999, pp. 43 y siguientes.

⁴⁵ J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1988, p. 217; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, p. 158.

⁴⁶ E. LLAMAS POMBO, 1988, p. 275. Esta opinión no carece de sentido si se considera que el fundamento del deber de secreto médico está en el respeto a la intimidad del paciente.

⁴⁷ Para el supuesto del médico perito, se ha entendido, con la doctrina mayoritaria, que el facultativo ha de pronunciarse sobre todos los extremos a los que se extiende el dictamen, pero fuera de tal límite se ha de guardar secreto (E. LLAMAS POMBO, 1988, pp. 279 y 280).

resulta correcta la decisión del Tribunal Supremo austríaco, que censura la valoración efectuada por los juzgados de primera y segunda instancia en relación con la negativa de la actora de dispensar a los médicos de su deber de secreto. Si éste no ampara los datos relativos a si hubo o no información por parte de los médicos, debió de haberse interrogado a los médicos, citados como testigos por la parte demandada, en lugar de valorar la actitud de la actora como lo hicieron los juzgados antes citados⁴⁸.

IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA CARGA DE LA PRUEBA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTOS MÉDICOS.

Una vez desentrañadas las principales cuestiones de orden sustantivo que plantea el caso examinado, es imprescindible pasar al análisis de aquellas otras que se refieren a la prueba, materia que genera dificultades que han sido abordadas por la mayoría de los autores que se han ocupado de la responsabilidad civil médica⁴⁹ —lo que es indicativo de su relevancia—, a pesar de que en una aproximación inicial presenta indudables aspectos de carácter procesal. Este apartado se va a centrar en la cuestión relativa a la carga de la prueba, haciendo especial hincapié en los supuestos de responsabilidad médica⁵⁰; en conexión con esta cuestión, se analizará la valoración de la negativa de la actora de relevar a los médicos de su deber de secreto.

⁴⁸ Recuérdese: en su contra y entendiendo que su negativa tenía que valorarse como indicativa del temor de la demandante a que los médicos confirmaran que había sido correctamente informada y había dado su consentimiento.

⁴⁹ Una buena muestra la constituyen las obras de R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, ed. Civitas, Madrid, 1999, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996. Mas es posible citar muchos otros autores, como, por ejemplo, C.I. ASÚA GONZÁLEZ, 'Responsabilidad sanitaria', en *La responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Xunta de Galicia-Ed. Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 200 y siguientes; M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, pp. 400 y siguientes; E. LLAMAS POMBO, 1988, pp. 423 y siguientes.

⁵⁰ Sobre la vertiente procesal de la carga de la prueba pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos, posteriores a la promulgación de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: J. MONTERO AROCA, 'Notiones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)', *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 35 y siguientes; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, 'La carga de la prueba según el art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil', *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 487 (2001), pp. 1-6. Aunque anteriores, presentan aspectos de interés los siguientes: J.C. CABAÑAS GARCÍA, 'Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil', *Actualidad civil*, 1996-2, pp. 349 y siguientes; C. ORDOÑO ARTÉS, *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, Ed. TAT, Granada, 1988.

En relación con la carga de la prueba⁵¹ ha de partirse del dato de que, en materia de responsabilidad civil en general, el Tribunal Supremo exigía inicialmente que el demandante perjudicado acreditara la existencia de culpa por parte del causante del daño⁵² para que pudiera ser estimada su pretensión. Sin embargo, desde finales de los años cincuenta el Supremo ha dado un giro en aquellos criterios, apareciendo una tendencia que DIEZ-PICAZO ha denominado "de facilitación de las indemnizaciones"⁵³, uno de cuyos elementos de apoyo está constituido por la inversión de la carga de la prueba, que supone que el demandado debe probar su propia diligencia⁵⁴; en esta misma línea —y se supone que con la misma finalidad—, se suaviza la rigurosa carga de una prueba completa de los hechos, suavización que debe favorecer a la parte perjudicada cuando es más débil⁵⁵. No obstante lo expuesto, ha de ponerse de relieve que esta tendencia del Tribunal Supremo experimenta una excepción en el caso de responsabilidad civil de los profesionales en general, y de los médicos, en concreto⁵⁶, que suele ser explicada por el objeto de su actividad: al contraer los médicos una obligación de medios, y no de resultado, no comprometen la curación del enfermo, de modo que el paciente tiene que demostrar la negligencia del facultativo para que éste responda del daño causado⁵⁷. Ha de hacerse notar, sin

⁵¹ Que puede ser entendida, siguiendo a T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 1, como las reglas que indican al tribunal, en el momento de dictar una sentencia, cuál de las dos partes del proceso ha de sufrir el perjuicio de ver estimada o desestimada la pretensión por no aparecer probado un hecho necesitado de prueba en el proceso.

⁵² R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 127; M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, pp. 218 y 219.

⁵³ L. DÍEZ-PICAZO, 1999, pp. 118 y siguientes, sitúa el hito en la sentencia del TS de 30 de junio de 1959.

⁵⁴ J.C. CABAÑAS GARCÍA, 1996, p. 362; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 203, alude a la presunción de culpa del agente y consiguiente inversión de la carga de la prueba. Como explica T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 4, la expresión "inversión de la carga de la prueba" alude a una exoneración de la carga de la prueba para el demandante y consecuente gravamen para el demandado.

⁵⁵ L. DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 123. Sobre este alivio en la carga probatoria se pronuncia, también, M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, p. 401, y 2001, p.228.

⁵⁶ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, pp. 203 y siguientes; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 15 y siguientes; M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, pp. 221 y 228. Sin embargo, J.C. CABAÑAS GARCÍA, 1996, pp. 365-367, describe la situación de manera distinta. A su juicio, y hasta hace pocos años, el criterio del TS era favorable a admitir la inversión de la carga de la prueba, atribuyendo al facultativo la carga de la prueba de haber obrado de acuerdo con la *lex artis*, citando las sentencias TS de 1 diciembre de 1987 (*Aranzadi* 9170), 17 de junio de 1989 (*Aranzadi* 4696) y 15 de febrero de 1993 (*Aranzadi* 771).

⁵⁷ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 204; también, 1999, pp.17 y ss., y 28-34; C.I. ASÚA GONZÁLEZ, 2000, pp. 200 y 206 y siguientes; M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, pp. 400 y 401, y, también, 2001, pp. 221 y 228. Añade R. BERCOVITZ, en la 'Portada' de *Aranzadi Civil*, 1996-III, pp. 9-11, en la que comenta la sentencia TS de 2 de diciembre de 1996, que esta corriente jurisprudencial ha dado lugar, incluso, a que la Sala primera TS haya llegado a rechazar en ocasiones la aplicación

embargo, que el criterio de no invertir la carga de la prueba no tiene tanta aceptación en el Tribunal Supremo cuando las reclamaciones se formulan contra la Administración sanitaria⁵⁸, hipótesis en las que se suele estimar la pretensión indemnizatoria de la parte demandante, en multitud de ocasiones sobre la base de la responsabilidad objetiva de la Administración demandada⁵⁹.

Expuesto el estado general de la cuestión en materia de carga probatoria, ha de indicarse que en los últimos años se detecta una corriente doctrinal favorable a aliviar la posición procesal de la parte demandante también en los supuestos de responsabilidad médica—tendencia que se ha visto acompañada, en ocasiones, de decisiones judiciales—, para lo cual se propone el recurso a distintos expedientes⁶⁰. De entre ellos, destaca el argumento de la mejor posición probatoria en que se encuentra el médico, que permite desplazar la carga de la prueba sobre la parte que tenga mayor facilidad probatoria⁶¹, aunque se trate de la demandada⁶², criterio que ha quedado consagrado, con carácter general, en el art. 217.6 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁶³. Este criterio de la facilidad probatoria, que permite atemperar el rigor de las reglas le-

de la regla contenida en el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece la responsabilidad objetiva en materia de servicios sanitarios. Ha de indicarse, en cualquier caso, que si aplican esta norma, entre otras, las sentencias del TS de 11 de febrero de 1998 (*Aranzadi* 707), 10 de noviembre de 1999 (*Aranzadi* 8055), y 30 de diciembre de 1999 (*Aranzadi* 9752).

⁵⁸ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 19-20, 25-28, y 42-53. También lo deja entrever M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, p. 229.

⁵⁹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 25-28 y 42-53, nos proporciona numerosísimos ejemplos de decisiones judiciales en este sentido, si bien en las pp. 54 y 55 nos muestra cómo el TS, en ocasiones, ha rechazado la aplicación la inversión de la carga de la prueba, aun cuando la parte demandada era una Administración.

⁶⁰ Puede consultarse, entre otros, M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, pp. 400 y siguientes; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 69 y siguientes.

⁶¹ En la sentencia OGH de 23 de noviembre de 1999 se señala que uno de los motivos que puede justificar la inversión de la carga de la prueba es la cercanía o facilidad de la prueba. Sin embargo, y partiendo de la tesis de que es la clínica la gravada con la carga de la prueba (lo que supone, como se apuntó en nota 51, una previa inversión de la carga de la prueba), aduce que no existen razones que permitan hacer recaer sobre la actora la carga de la prueba.

⁶² Este fue uno de los razonamientos empleados en la sentencia TS de 2 de diciembre de 1996 (*Aranzadi* 8938). También se ha utilizado en las sentencias TS de 27 de junio de 1997 y 1 y 27 de julio de 1997, y en la de 29 de julio de 1998, entre otras. En cambio, en la sentencia TS de 12 de julio de 1994 (*Aranzadi* 6730), y aunque no se refiere a la prueba de la culpa, aunque analiza un caso de responsabilidad médica, se desestima la petición de indemnización por no haber probado el demandante (es decir, no hay inversión de la carga de la prueba) un hecho negativo: que no ha prestado su consentimiento para una operación y el posterior tratamiento.

⁶³ En este artículo se establece: "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

gales, será de aplicación, casi siempre, en los casos de prueba de hechos negativos o prueba diabólica⁶⁴.

Sabido lo anterior, es preciso dedicar una reflexión a la valoración que se dio por los distintos tribunales a la negativa de la actora de dispensar a los médicos de su deber de secreto. Ya se ha apuntado que tanto en primera como en segunda instancia esta actitud produce consecuencias que se van a revelar negativas para la demandante, pues justifica que se produzca lo que estos tribunales denominan inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer sobre la actora la carga de demostrar que no fue informada; en realidad, y al menos en una aproximación inicial, tal inversión no se produce, pues la regla general es la de que la demandante pruebe los hechos en que funda su pretensión (art. 217.2 LEC), de manera que en principio parece que la solución adoptada es la más conforme con las reglas generales en materia de prueba. Debe apuntarse, sin embargo, que según se desprende de la sentencia OGH de 23-11-99, en el Derecho austríaco se ha entendido que es el médico o el titular del hospital el que tiene que probar si de verdad se informó al paciente "en una inversión real de la carga objetiva de la prueba"; se trata, en el fondo, de que el médico o el titular de la clínica demuestren que existe un motivo que excluye la ilegalidad de la operación —que, según la resolución comentada, recibe la consideración de lesión corporal salvo que esté justificada a través del consentimiento previo del paciente, prestado una vez que ha recibido la información necesaria⁶⁵—. Pero llegan más allá, al extraer de la negativa de la actora la conclusión de que por esa vía trataba de impedir que su declaración fuera rebatida mediante otras pruebas, lo que conduce finalmente a la desestimación de su pretensión. Tales estimaciones obligan a poner en conexión el deber de secreto que recae sobre el médico con la finalidad que se trataba de alcanzar con la prueba propuesta, que no era otra que la de confirmar si los médicos habían informado a la paciente antes de la intervención quirúrgica, o no. Y como ya se adelantó, el deber de secreto abarca los hechos que llegan al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, mas sólo a los de carácter privado o íntimo, de manera que los datos relativos a si la paciente fue o no informada no deben entenderse amparados por el deber de secreto, como correctamente indica el Tribunal Supremo austríaco. Es decir, que tanto si el médico continúa obligado a respetar la confidencialidad de los datos acerca de su paciente, como si es dispensado de ese

⁶⁴ T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 6.

⁶⁵ Acerca del consentimiento de la víctima como causa de justificación y, por tanto, de exclusión de responsabilidad por los daños, L. DÍEZ-PICAZO, 1999, pp. 304 y 305.

deber, el resultado final de la prueba debiera haber sido el mismo, puesto que podía —y debía— haberse interrogado acerca de la información que prestó a la paciente. Lo sorprendente del caso es que la negativa de la actora produce como consecuencia fundamental, en las dos primeras instancias encargadas de enjuiciar la petición de indemnización, la de que no se interroge a los médicos, ampliando de forma desmesurada, de esta manera, el alcance del deber de secreto (en perjuicio de su hipotética beneficiaria, por cierto). Además, ocasiona, otras dos graves consecuencias para la demandante, recién apuntadas: le traslada la carga de la prueba de que no se le informó, por un lado, y es entendida por los tribunales como un indicio de la voluntad de la actora de impedir que se refuten sus declaraciones, por otro. De haber actuado correctamente, los juzgados de primera y segunda instancia debieron haber interrogado a los médicos, y sólo entonces debieron haberse formado su opinión, como también indica el OGH. Es posible concluir, en suma, que los tribunales de primera y segunda instancia no valoraron de forma correcta la actitud de la paciente-demandante, impidiendo la práctica de una prueba que hubiera sido determinante para la correcta solución del caso enjuiciado, aplicando incorrectamente la regla de juicio que debe seguir el juez en la decisión judicial del conflicto, y que en el ordenamiento español se contiene en el art. 217.1 LEC⁶⁶.

Ha de apuntarse, por último, que contra la sentencia que a juicio de una de las partes hubiera infringido las reglas sobre carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, es posible interponer, entre otros, un recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el art. 469.1.2º LEC. En el caso de estimarse el recurso, el art. 476.2-IV LEC dispone la anulación de la resolución recurrida y la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración, con el fin de que se resuelva el litigio según una correcta aplicación de la reglas sobre la carga de la prueba⁶⁷, lo que podría dar lugar a una solución semejante a la adoptada por el OGH, que obliga al Juzgado de primera instancia a interrogar a los médicos y a dictar una nueva decisión.

Es posible destacar, a modo de conclusión, que la tendencia detectada en las resoluciones españolas más recientes en materia de responsabilidad médica —y a pesar de que se ha afirmado que las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil no permiten afirmar la unidad de doctrina y que presentan muchas contradicciones entre sí⁶⁸—, que es favorable a suavizar la posición probatoria de los pacientes, ha recibido un importante apoyo con la consagración de la regla contenida en el art. 217.6 LEC, precepto regulador de la carga de la prueba. La importancia de la correcta aplicación de las normas sobre carga probatoria queda patente con la posibilidad de interponer, contra las sentencias que hubieran vulnerado dichas reglas, el recurso extraordinario por infracción procesal, que permite devolver las actuaciones al órgano *a quo*, con objeto de que vuelva a resolver, aplicando ahora de forma adecuada las disposiciones relativas a la carga de la prueba.

⁶⁶Este precepto establece: "Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones". Sobre la regla de juicio puede consultarse T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 2.

⁶⁷T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 6.

⁶⁸L. Díez-PICAZO, 1999, p. 19.