

NUEVOS DERECHOS DEL PACIENTE DESDE SU CONDICIÓN JURÍDICA COMO CONSUMIDOR¹

Jorge Tomillo Urbina

Catedrático de Derecho Mercantil. Universidad de Cantabria

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO.- 2. EL PROCESO JURIDIFICADOR DEL ACTO MEDICO COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA ASIMETRÍA.- 3. LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO A LAS RELACIONES SANITARIAS.- 4. UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA APLICACIÓN AL ÁMBITO ASISTENCIAL DEL SISTEMA RESPONSABILÍSTICO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

1. PLANTEAMIENTO

La moderna irrupción del Derecho de Consumo en el ámbito sanitario puede contribuir a reequilibrar un binomio tradicionalmente asimétrico como es la relación médico-paciente. En efecto, se ha dicho más de una vez, y esto es rigurosamente cierto, que en los últimos años se ha iniciado una transición y estamos dejando atrás -quizá “evolucionando” en sentido darwiniano- un sistema vertical, autoritario, un sistema que encontraba fundamento ideológico en el principio de beneficencia, en hacer el bien, en aliviar el dolor del prójimo bajo la tutela paternalista del médico. En el sistema tradicional, el paciente desempeña un papel de *sujeto-paciente* como mero destinatario sumiso y obediente -desde el punto de vista social y desde el punto de vista existencial- a las

órdenes e instrucciones “superiores” del facultativo. Pero hoy en día la estructura y los valores sociales predominantes está cambiando. Ya han cambiado mucho. La sociedad moderna ha dejado de admitir esquemas y comportamientos con los que transigía hasta hace relativamente poco tiempo entre la complacencia de unos y la resignación de otros.

Las posiciones *asimétricas* y las situaciones de *sometimiento* empiezan a no ser toleradas socialmente, cuando no resultan llanamente rechazadas. Nos encontramos ante una sociedad cada vez más moderna y reivindicativa que reacciona y se rebela ante realidades que percibe como injustas por impositivas y discriminatorias, un cuerpo social que ya no se resigna a soportar la desigualdad como un *fatuum* insalvable. No hay más que observar los principales ámbitos que conciernen a las tradicionalmente llamadas profesiones liberales, en cuyo seno cada vez está siendo más frecuente tropezar con situaciones de “insubordinación” protagonizadas por grupos o sectores sociales que hace escasas décadas se resignaban con cierta facilidad. También en el mundo de la medicina asistencial se

¹ La primera parte del presente trabajo se encuentra recogida de forma ampliada en J. TOMILLO URBINA en “La paridad posicional en el ámbito sanitario: hacia la consideración jurídica del paciente como consumidor” en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, pp. 55-71.

observan tradicionalmente situaciones de asimetría y ritos de sometimiento y subordinación. Estas cuestiones deben abordarse en un contexto histórico, y la forma más eficaz de verlo es analizar la horma en la que han ido tomando forma.

2.- EL PROCESO JURIDIFICADOR DEL ACTO MEDICO COMO ELEMENTO CORRECTOR DE LA ASIMETRÍA

Puede ser ilustrativo que nos detengamos en averiguar el origen del actual proceso juridificador del acto médico y en desgranar las reglas que resultaban anteriormente de aplicación en el mundo de la medicina. La juridicidad del acto médico empieza a plantearse como una seria necesidad en Estados Unidos a principios del siglo XX por el juez Benjamin Cardozo, que tuvo el mérito de redactar las primeras resoluciones judiciales en las que se ensayaba un tratamiento jurídico sistemático de la negligencia médica (no del acto médico). Naturalmente, dentro de las peculiaridades del sistema del *leading case* norteamericano y concebida la negligencia a la usanza anglosajona, como culpa grave². En su labor jurisprudencial establece un principio singularmente adelantado para su época, que fue recibido con polémica entre los profesionales de la salud: “[...] *todo ser humano adulto y con mente sana tiene derecho a decidir qué se hace con su cuerpo, de manera que un cirujano que realiza una intervención sin el consentimiento del paciente realiza una agresión de cuyas consecuencias es responsable*”.

Con estos precedentes –nunca mejor dicho Cardozo fue invitado a dar una conferencia ante la Academia de Medicina de Nueva York en 1928. En ella defendió la juridificación del acto médico como fruto del trabajo conjunto de juristas y sanitarios. Basaba esta idea en dos argumentos. En primer lugar, decía que ambas profesiones estaban unidas por un origen común³, que el primer médi-

² Véanse las interesantes consideraciones realizadas por A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica de la actividad médica: el consentimiento informado*, Dykinson, Madrid, 1997, pp. 14 y ss. Con cita de R.R. FADEN/T.L. BEAUCHAMP: *A history and theory of informed consent*, Oxford University Press, Oxford, 1986, pp. 120 y ss., comenta el autor la conocida sentencia *Schoendorff vs. Society of New Cork Hospital*, de 1914.

³ Cfr. A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 15 [nota 4], con cita de B. CARDOZO:

co fue a la vez sacerdote, al igual que también lo fue el primer juez y el gobernante que recibía los mandatos divinos. En segundo lugar, afirmaba que unos y otros compartían igualmente un objetivo común (*common quest*): la preocupación por la “sanación” (*recovering*) de situaciones de orden alteradas por la irrupción de factores perversos, como la enfermedad en el caso de la medicina, y el crimen en el caso del derecho. Por ello médicos y juristas aparecen unidos por el mismo empeño en restablecer situaciones ideales alteradas por la enfermedad o por la injusticia, respectivamente⁴.

Y es precisamente esta conexión funcional la que debe allanar el camino hacia una estrecha colaboración entre ambas profesiones, muy importante si se quiere que el jurista pueda desarrollar su actividad con provecho social⁵. Para ello, debe postularse el sometimiento a derecho del acto médico mediante la ruptura del principio de soberanía de los códigos deontológicos. El razonamiento es muy sencillo: los ciudadanos empiezan a exigir que las conductas de los médicos sean enjuiciadas no solo por los médicos, con criterios médicos, sino también por la sociedad con arreglo a los valores imperantes en cada momento. Todo ello sin

“What can medicine do for law?”, en *Law & Literature*, Fred B. Rothman & Co. Littleton. Colorado, 1986, pp. 70 y ss., quien afirma “[...] *There hovered over each the nimbus of a tutelage that was supernatural, if not divine*”.

⁴ No eran las únicas coincidencias entre ambas profesiones señaladas por CARDOZO. También se refería a que juristas y médicos pertenecen al mismo estrato social, lo que debe –según él– facilitar su camaradería (vid. A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 17). Pero este argumento, arcaico y clasista, se acomoda escasamente a los valores sociales comúnmente aceptados en la actualidad.

⁵ Con saludable sentido del humor, CARDOZO se pregunta en su conferencia de 1928 por qué ha sido él precisamente –juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos– el primer jurista invitado a pronunciar una conferencia en la Academia de Medicina. Para explicarlo, cuenta la historia de un moribundo al que su confesor pedía que se arrepintiese de sus pecados para librarse del infierno. Él moribundo así lo hizo pero, ante el pasmo del clérigo, también empezó a dirigirse a Satanás llamándolo “mi Señor”. El confesor le reprendió con dureza instándole a que no hiciera semejante cosa, pero el enfermo argumentó que lo hacía con la esperanza y propósito de que el diablo le tratase mejor *post mortem* si en vida le había ofrecido alguna buena palabra. Concluye CARDOZO, con agudeza, que esta prevención en cuanto a las manos en que puede uno caer en el futuro es la razón que pudo llevar a los médicos a invitarle a intervenir en su Academia, y también el motivo por el que él mismo pudo haber decidido aceptar la invitación.

perjuicio de los criterios jurídicos y científicos que informan la legislación y la jurisprudencia a través del concepto “*lex artis ad hoc*”.

De esta relación entre médicos y juristas existe testimonio histórico documentado en la época medieval. Ambos estudiaban lo que llamaban artes primas: Teología, Derecho y Medicina, y gozaban de alta consideración social. Pero también pensaban que el acto médico y oficio jurídico eran realidades escindibles, separables por su diferente materia. El jurista se ocupaba de asuntos contenciosos, mientras que el médico entra en juego en una relación no conflictiva. Las personas implicadas en la relación asistencial persiguen un mismo objetivo, que es la salud del paciente. Consecuentemente, como en el acto médico no hay conflicto subyacente, se aleja del ejercicio de las profesiones jurídicas entendidas como relaciones profesionales en las que el conflicto constituye el elemento característico y primordial.

Este peculiar entendimiento del derecho no tardó en suscitar algunos recelos en el ámbito de la medicina. Se rechazaban las profesiones jurídicas porque de alguna forma se pensaba que su praxis era opuesta al ejercicio benevolente, sacrificado y benefactor que se llevaba a cabo en la medicina tradicional. En este ámbito prevalecía un sentimiento de ayuda al enfermo. No era exactamente un ejercicio profesional, sino más bien un sentimiento humanitario derivado de la compasión que sentía el ser humano ante el sufrimiento y la enfermedad. Por esta razón surgen personas altruistas que se especializan en aliviar este sufrimiento. Así surge la relación médico-paciente como vínculo de colaboración completamente diferente de la *advocatio* en interés de parte que realiza el abogado.

En esta relación de colaboración entre médico y paciente se hace mucho hincapié. Es un tópico recurrente y así lo manifiestan las diferentes fuentes históricas. Son frecuentes las referencias a la entrega del médico, que se deriva de su condición de “ser humanitario”. Esto presupone que el médico tenía que soportar sacrificios y privaciones con la finalidad de beneficiar a sus pacientes. En los códigos deontológicos medievales se hace mención al “*sacrificio extraordinario*” que el médico debe asumir para que los pacientes estén bien atendidos. Se dice que la salud del paciente prevalece sobre las diversiones, sobre el descanso, incluso sobre la vida familiar del médico. Y también

se contemplaba otro factor en las fuentes clásicas: además del sacrificio o renuncia estaba el *riesgo*, porque la medicina comportaba un riesgo. El temor al contagio siempre está latente –y más aún en el pasado– porque la actividad curativa implica proximidad y ello supone un peligro para el facultativo. A partir de aquí, se empieza a construir lo que llamamos el *principio de confianza*.

Según el modelo tradicional, el acto médico se rige por el principio de confianza, desde cuya perspectiva, aquél no es sino un acto de beneficencia que el facultativo realiza con entrega inspirado por la idea de hacer el bien de forma altruista. La clave del acto médico no es la remuneración sino la sanación, y la naturaleza de la relación médico-paciente está impregnada del principio de confianza y no del principio mercantil de la retribución profesional. De aquí se concluye que el derecho no es la técnica más apropiada para el tratamiento del ejercicio de la medicina, a cuyo través se prestaba un servicio humanitario para aliviar la situación desgraciada del enfermo⁶. Más aún, prestigiosos autores como Pedro Laín Entralgo llegan a decir que la *excesiva* presencia de la idea de derecho en el paciente es un vicio para la relación médica ideal, incluso un peligro moral para el enfermo⁷. Imaginemos lo que ocurriría en esta época si alguien proclamara públicamente, con más o menos

⁶ Es interesante la reflexión que hace A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 19, poniendo de manifiesto que históricamente “el médico prefiere que las referencias normativas necesarias para el ejercicio de su actividad, incluso en esos campos donde puede interferir el interés social, sean aportadas por normas éticas, por normas de deontología profesional, antes que por normas jurídicas. *El médico muestra un rechazo hacia el mundo del derecho, que se presenta para él como contrario por esencia al ejercicio que practica*”. Quizá la afirmación se expresa en unos términos excesivamente generales, pero apunta hacia un sustrato sociológico indudablemente real. Determinados sectores reclaman una normativa específica y exclusivamente médica –elaborada por profesionales y para profesionales– creyendo que “la misión de la ley es controlar la actividad del facultativo mientras que la de la normativa profesional es esencialmente favorecerla” (*loc. cit.*, p. 24).

⁷ P. LAÍN ENTRALGO: *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Alianza Universidad, Madrid, 1983, p. 375. Para A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 22 [nota 20], la idea que subyace aquí es que “las leyes humanas son necesarias para regir los problemas de conducta social y colectiva, pero no para los de conducta moral, por ser esta antirreglamentaria, debiendo quedar a la espontaneidad”.

crudeza, que el Estado de Derecho es un peligro moral para los enfermos.

Gregorio Marañón también escribió su particular visión sobre el encuentro entre los mundos del Derecho y de la Medicina. En su criterio, al legislador le resulta muy fácil redactar normas y preceptos, sin embargo la medicina es mucho más complicada, puesto que debe dar respuesta de manera concreta a situaciones dolorosas⁸. De aquí pasaba a concluir, sin más, que “la vida caudalosa y varia de los instintos no se acomoda a los rígidos preceptos de la ley, y el médico, que no es legislador, sino médico, no puede dar la ley fría y severa como respuesta y medicina al corazón angustiado, sino que tiene que buscar soluciones humanas, para los humanos dolores, *esperando, si roza la ley, que el juez le comprenda y le perdone*”⁹ (*sic.*).

Si tomamos los anteriores razonamientos para llevarlos hasta sus últimas consecuencias, nos encontramos con que –para el modelo tradicional– la respuesta del enfermo ante el error médico, incluso ante la negligencia conceptual, tiene que ser única y unitaria: el aguante y la resignación. Es decir, en palabras del propio Gregorio Marañón¹⁰ “*el enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma*” (*sic.*). Si es criticable afirmar hoy día –y además, ciertamente, en interés propio– la inmoralidad del Estado de Derecho, huelga comentar el escándalo social que se levantaría si las autoridades sanitarias recomendaran al paciente la aceptación del error médico con la misma resignación con que acepta la propia enfermedad.

En el mundo actual estos planteamientos son frontalmente rechazados, atribuyéndoseles además la misma tacha de inmoralidad invocada antaño por sus defensores en bien distinto sentido. Pero debemos recordar que fueron sustentados públicamente por relevantes personalidades hasta hace no demasiado tiempo. Desde esta perspectiva, con-

viene tener en cuenta que cuando algunos juristas suscitamos el debate sobre el modelo sanitario tradicional y proponemos reemplazar éste por un modelo moderno de servicio público constitucionalizado, construido desde la óptica civil de los derechos fundamentales y libertades públicas, no lo hacemos con el propósito de agredir a ningún profesional de la Medicina o del Derecho. Únicamente nos anima el objetivo de superar definitivamente un modelo que está lastrado tanto por un fuerte y anacrónico contenido ideológico, cuanto por la peculiar y atormentada historia de España. En esta tarea, nunca se deben perder de vista los ingredientes examinados. Sólo así podremos percibir con claridad lo que nos exige la ciudadanía y establecer el punto desde el que los juristas queremos cimentar la *transición*. Y también estaremos en condiciones de debatir cabalmente hasta dónde queremos, podemos o debemos llegar unos y otros profesionales.

En el modelo tradicional, como se ha dicho, subyace la idea de que la misión de la ley es *controlar* la actividad del facultativo, mientras que la misión del código deontológico es *ayudar* al facultativo, de donde se extrae la conclusión relativa a que los códigos deontológicos no deben ser sustituidos por leyes elaboradas en el parlamento por los legítimos representantes de la soberanía popular. En mi opinión, aquí es justamente donde hay que “cortar”. No es de recibo considerar incompatible el papel de salvar vidas humanas con la existencia de un conjunto de normas jurídicas orientadas a establecer márgenes de actuación y a articular elementos de responsabilidad del profesional. No puede cuestionarse esto hoy día, y nadie debería insistir más en ello. Sí deben denunciarse algunas reacciones pendulares que se producen con alguna virulencia en forma de agresiones contra algunos profesionales de la sanidad. La autonomía del paciente significa que éste pasa a ser sujeto de derechos, y dentro de éstos se incluye la toma de decisiones relativas a su propia salud. Al paciente se le dice: “a partir de ahora es usted quien decide”; pero no puede decidir agredir al profesional, porque también es sujeto de obligaciones. La agresividad física o verbal que en ocasiones se produce contra profesionales es intolerable. Pero no es menos inadmisibles la tendencia que algunos profesionales alientan de cara a responder a la juridificación del acto médico refugiándose en prácticas de sobreabundancia de diagnósticos y pruebas previas

⁸ G. MARAÑÓN: “Vocación y ética”, en *Vocación y ética. Y otros ensayos*, Espasa Calpe, Madrid, 1981, p. 86. Asegura que “[...] el legislador lo arregla todo muy fácilmente; le basta con escribir: ‘artículo 5, esto no debe hacerse’ (*sic.*), y nada más”.

⁹ *Ibid. cit.*, p. *cit.*

¹⁰ *Cf.*: G. MARAÑÓN: “La responsabilidad social del médico”, en *Vocación y ética*, *cit.* p. 116.

(*medicina defensiva*), en las que de alguna forma se busca respuesta ante una situación de “acoso” - más imaginaria que real, como se deduce del análisis de la jurisprudencia más reciente-, derivada de la prevalencia de la norma jurídica sobre las reglas corporativas.

También es verdad que aún no se han difuminado por completo algunos atavismos de corte medieval. Cada vez es más difícil encontrar profesionales de la medicina que consideren que la responsabilidad civil patrimonial es incompatible con la actividad curativa. Pero sí está relativamente extendida la idea de que el concepto de ilicitud civil, el concepto de sanción y el concepto de responsabilidad patrimonial integran inoslayablemente un elemento axiológico que incluye una gravísima descalificación moral. Para no pocos profesionales, ser declarado civilmente responsable como consecuencia de un acto determinado es infamante.

Sobre esto se ha hecho poca pedagogía. No se ha sabido explicar que el derecho privado maneja otro tipo de categorías desde hace mucho tiempo. Las *sanciones* jurídicas en el orden civil responden básicamente a criterios de reasignación de costes sociales. Dicho con otras palabras, están desligadas de cualquier idea de *reproche moral*, sobre todo desde el momento en que se teoriza el concepto de responsabilidad objetiva, en cuyo seno no hay ni un gramo de negligencia ni de reproche conductual. Las nuevas técnicas responsabilísticas diseñadas para su aplicación a sectores de riesgo cualificado se construyen, *grosso modo*, a partir de la conexión entre un acto u omisión que produce un resultado dañoso causalmente relacionado. Esto es lo que se indemniza, aunque se acredite que el profesional actuó con la debida diligencia. En los modernos sistemas jurídicos, la obligación de resarcir puede venir ligada a conductas que no son infamantes en grado alguno. Simplemente, están llamados a desempeñar una función de redistribución o ajuste de costes en función de una aplicación económicamente sensible, no digo analítica, del fenómeno jurídico.

No siempre se presta suficiente atención al hecho de que se está acometiendo el transbordo desde un sistema –que data de tiempo inmemorial- presidido por el paternalismo y la beneficencia, hacia otro sistema radicalmente distinto, gobernado por el respeto a los derechos fundamentales y

libertades públicas, que considera al paciente como sujeto de derechos. Evidentemente, todo cambio de paradigma debe sortear escollos, y éste de manera especial. Piénsese que el modelo tradicional basado en la preeminencia del facultativo, atribuye a éste una autoridad específica respecto de la que debía guardarse subordinación social: el enfermo era alguien incapaz de gobernarse así mismo, por esto necesitaba ser dirigido por el médico.

Se consideraba que el médico era moralmente superior al enfermo, por lo que le correspondía ejercer sobre él el poder y la autoridad. Hasta tal punto que algunos autores clásicos (v. gr.: Platón o Aristóteles), utilizaban la supremacía del médico para justificar la teoría del caudillaje en las sociedades políticas¹¹ y otras formas de gobierno autoritario. La mentalidad social siempre se ha sentido seducida por las más diversas religiones, por cualquier rito chamánico, por fórmulas *mágicas* de curación. En los albores del cristianismo se apuntaba una distinción básica de las enfermedades: unas eran las enfermedades crónicas y otras las enfermedades agudas. De las enfermedades crónicas se dijo hasta el siglo XVI que se caracterizaban por tener un origen conocido: los desarreglos de las costumbres. Es decir, que el enfermo crónico es tal por su condición de descerebrado que no sabe gobernarse, y necesita que el médico benefactor, desde su superioridad moral, le imponga la manera de conducirse para tratar de revertir su situación. En segundo lugar están las enfermedades agudas, que según los griegos no tienen un origen conocido sino un origen divino, por lo que el médico no puede hacer nada. Si se cura una persona aquejada de una enfermedad aguda, es debido a un milagro. La conclusión no puede ser más interesante. Quien que fallece como consecuencia de padecer una enfermedad aguda, no tiene derecho a resarcimiento a reproche moral por mala praxis: es Dios quien ha *escrito* su suerte. Y qué decir del infeliz que fallecía a consecuencia de una enfermedad crónica. Como estas dolencias presuponian un desarreglo moral, era el fallecido quien merecía reproche por no haber seguido las conductas preceptuadas por el titular del conocimiento médico.

En otros términos, si los ingredientes de este plato son la superioridad moral del médico y el

¹¹ Cfr. A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 26.

poder que éste ostenta sobre un enfermo considerado moralmente discapaz, el producto resultante sólo puede ser la *inmunidad* y, transitivamente, la *impunidad* de los profesionales de la medicina, también compartida con jueces, sacerdotes y gobernantes, que tampoco respondían de sus actos desde una perspectiva historicista.

También depende de determinadas convicciones acerca de lo que es o no es el derecho como fenómeno social y normativo. Algunos entienden el derecho, siguiendo a Santo Tomás de Aquino y la escolástica, como la recta ordenación de la razón orientada al bien común y promulgada por quien tiene autoridad, y elaboran máximas *pedagógicas* como “el derecho es la racionalidad del sabio”, o “promulga quien manda”, que tienen en común la descripción de un modelo autoritario del derecho. Otros, por el contrario, preferimos buscar modelos pactistas con soporte constitucional, más atraídos por planteamientos resolutivos y pragmáticos como los que impulsaban a Ripert cuando afirmaba que las buenas leyes no debían ser otra cosa que tratados de paz entre fuerzas rivales que, mediante transacciones honorables, buscan encontrar espacios de paz donde todos quepan con comodidad.

Desde este planteamiento que defiende el avance autoritario de los modelos sociales, se puede llegar a construcciones inaceptables. Y no basta con decir que lo insoportable hoy día es el sufrimiento a la hora de morir, cuando hay técnicas para evitarlo o atemperarlo en alguna medida. Esto es cierto, pero la realidad no se agota en dicha afirmación porque también es insoportable que se tomen medidas sobre los enfermos sin su consentimiento, o que no se permita a éstos anticipar con claridad y seguridad su voluntad en tal sentido. Con lo cual volvemos otra vez a la vieja beneficencia, a presionar a los facultativos para que hagan cosas sobre las personas sin la voluntad de las personas e, incluso, contra la voluntad de las personas, porque se busca su bienestar (“es por tu bien”). Ello puede sonar altruista, pero en el fondo es puro paternalismo de corte medieval. El modelo sanitario tiene que fundamentarse en el consentimiento constitucional y en la juridificación del acto médico como relación de prestación de servicios. El médico ya no es un predicador ético de formas de vida, como en la época tradicional. Es un ciudadano como todos los demás, que no necesita anacrónicas exenciones jurídicas para asumir

con garantías el ejercicio de su actividad profesional.

Un dato curioso que puede dar alguna pista sobre el auténtico calado de este cambio de modelo, es que las fuentes históricas excluían a los cirujanos de la impunidad que proclamaban para los médicos¹². Pero no se hacía por criterios de justicia material, sino por prejuicios sociales. Aunque los ciudadanos perciban hoy día que la cirugía es un ámbito capital de la actividad médica, en la antigüedad no gozaba de tal consideración. Se la tenía por un *arte manual* impropio de las gentes cultas, por lo que quedaba fuera de las denominadas “artes liberales” compatibles con la “limpieza de sangre”, quedando completamente desprovista de inmunidad jurídica y de cualquier clase de prevalencia moral. Pues bien, la aproximación entre medicina y cirugía como consecuencia principalmente de que los médicos¹³ deciden ampliar sus competencias profesionales para comenzar a intervenir en el campo de la cirugía, lejos de propiciar un cambio de modelo como el actual juridificando la medicina a semejanza de la cirugía, traslada, por el contrario, a la cirugía el mismo marco de impunidad de la actividad médica tradicional.

Pero la aproximación –siquiera sea por absorción– entre la medicina y la cirugía fue a largo plazo uno de los motores del cambio hacia un modelo distinto de entender las relaciones entre el médico y el paciente. Con la práctica de la cirugía por parte de los médicos empieza a observarse desde algunos sectores profesionales que el mundo de la medicina no solo se mueve por la beneficencia en la transmisión de hábitos de comportamiento sanitario, sino que también se mueve por otras cosas que son mucho más importantes como, por ejemplo, la intervención directa en la salud de las personas a través de la cirugía o de la investigación, ambos al margen del ejercicio de la medicina entendida como comunicación de buenas prácticas. Obviamente, la percepción de que la medicina ya

¹² A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 30, se refiere a la diferencia esencial existente entre la medicina antigua y la medicina moderna, considerando “un anacronismo evidente pretender que la medicina conserve su consideración moral y su exención jurídica”.

¹³ Que tenían más preparación profesional que los cirujanos y también mayor jerarquía social, como sostiene A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE: *La intervención jurídica*, p. 31, con cita de F. GUERRA: *Historia de la medicina*, Ediciones Norma, Madrid, 1982, p. 286.

no es una mera transmisión *ex auctoritas* de hábitos de comportamiento sino que también consiste en intervenir activa y directamente para mejorar la salud -y muy especialmente a través de la cirugía- fuerza la salida a la luz de criterios nuevos como la defensa de los derechos de los pacientes¹⁴, no restringidos al plano de la salud, sino orientados además a la elaboración de un conjunto de obligaciones a cargo de los organismos sanitarios, y también de contraprestaciones que le correspondería realizar al paciente.

También es verdad que, aunque el nuevo modelo ha tardado largo tiempo en llegar, su implantación se está llevando a cabo mediante una serie de movimientos relativamente rápidos no exentos el algún caso de una cierta aparatosidad, lo que ha alimentado recelos y desconfianzas en ciertos sectores de las profesiones sanitarias. Se ha llegado a afirmar que el médico padece un sentimiento de inseguridad ante el derrumbamiento del sistema clásico en el que ha sido formado, justo en un momento en que su responsabilidad jurídica ha pasado a primer plano, lo que justifica la pérdida de su antiguo sentimiento de seguridad¹⁵ ante el derecho.

Esta pretendida inseguridad dista mucho de ser general en las profesiones sanitarias, pero produce algunas reacciones y ciertas consecuencias prácticas perceptibles por los ciudadanos: la autonormación, la protección jurídica colectiva, el aseguramiento profesional y la medicina defensiva. El médico, en definitiva, se ve forzado a actuar jurídicamente. Pero no dentro de un esquema moderno de respeto a los derechos fundamentales de las personas, sino desde la equiparación de la juridicidad del acto médico a una agresión corporativa, lo que obliga a buscar mecanismos de respeto y técnicas defensivos, incluso en el derecho, situación que -se llega a decir- puede hacer imposible la praxis médica.

En mi opinión, no es así. Desde luego no debe serlo en ningún caso, porque si bien la jurisprudencia

¹⁴ Recuérdese el viejo y muy utilizado aforismo atribuido a HIPÓCRATES: "*primum non nocere*" ("*first do no harm*", para el mundo anglosajón), que puede considerarse un precedente remoto de la lucha "interior" por el reconocimiento de derechos en el paciente.

¹⁵ Aunque ya hemos visto cómo nunca hubo tal *seguridad* ante un fenómeno ajeno a la medicina como lo fue el derecho; a lo sumo, podría hablarse de *impunidad*.

dencia en la materia nos da ejemplo de condenas judiciales en el orden civil por negligencia médica, si lo miramos de manera cuantitativa y hacemos un cálculo de los actos médicos que se llevan a cabo cada día, de los cientos de miles de actos médicos, las acciones tendentes a buscar el resarcimiento constituyen una cantidad mínima, casi insignificante, y dentro de estos que llegan los que terminan con resolución judicial condenatoria son muchísimos menos¹⁶.

3.- LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE CONSUMO A LAS RELACIONES SANITARIAS.

El derecho a la salud integra de alguna forma un acervo básico que la Constitución Española garantiza a los ciudadanos. En efecto el artículo 51 CE recoge el derecho subjetivo de los consumidores y usuarios a la salud y seguridad cuyo régimen de cobertura normativa y de exigibilidad determina el artículo 53 CE, conforme al cual debe necesariamente concluirse, además, que este derecho

¹⁶ Dentro de este planteamiento, los tribunales, como es lógico, no se fundamentan en los códigos deontológicos, es decir, no son los médicos los que se juzgan a sí mismos, sino que es el Derecho del Estado el que juzga a los médicos. No obstante, son los criterios médicos la clave pericial de la apreciación de la buena o mala praxis en el ámbito de la medicina, recogiendo incluso la jurisprudencia conceptos tradicionales que, como es lógico, tienen que estar fundamentados en el conocimiento médico. Consecuentemente, no habrá condena judicial individualizada en aquellos casos en que el facultativo actúe utilizando los recursos disponibles con arreglo al estado de la ciencia, es decir, cualquier límite de responsabilidad pasa por tener en cuenta que a nadie se le puede exigir más que lo que el estado de la ciencia, utilizado a través de los mecanismos técnicos de los que dispone, puede ofrecer. No cabe pues exigencia de responsabilidad más allá de lo razonable; incluso en la *lex artis ad hoc*, esta exención de responsabilidad, por ofrecer al paciente todos los conocimientos y los medios disponibles es algo incuestionable en la jurisprudencia que incluso ha reconocido como elemento similar a la fuerza mayor, lo que se llama el *enigma somático*, es decir, la situación real consistente en que, ante tratamientos iguales, organismos iguales, respondeN de forma desigual por razones no previamente cognoscibles. Por ello las circunstancias lesivas, incluso gravemente lesivas como puede ser un resultado de muerte, producidas no como negligencia profesional sino como consecuencia de una respuesta impredecible del propio organismo, quedarían bajo el ámbito de exención responsabilidad del enigma somático, que es una forma especializada de referirse al caso fortuito o, incluso más claramente, a la fuerza mayor.

constitucional a la salud tiene un carácter informador del ordenamiento jurídico.

Sentado lo anterior, podemos cuestionarnos cómo se exige el derecho constitucional a la salud. En este sentido, cabe proponer aquí una construcción singular enfocando el derecho a la salud no sólo desde el prisma tradicional del artículo 43 CE sino desde un planteamiento más ambicioso: integrando el derecho a la salud en el catálogo de los derechos básicos de los consumidores y usuarios. Desde luego, esta perspectiva coadyuva de una forma eficaz a articular reequilibrios correctores de asimetrías *ab initio*, ya que permitiría extender al paciente el amplio arsenal preventivo y reparador de la normativa de protección del consumidor y usuario y restablecer la deseable paridad posicional de la relación asistencial.

En este sentido, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU), tal y como reconoce su artículo 1, se dicta “*en desarrollo del artículo 51.1 y 2 de la Constitución que, de acuerdo con el artículo 53.3 de la misma, tiene el carácter de principio informador del ordenamiento jurídico*”. La norma, si bien de un modo criticable que ahora no es posible glosar, regula las relaciones jurídicas entre dos sujetos: consumidor y empresario. Interesa destacar que su artículo 4 considera empresario –de una forma ciertamente tautológica– “a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, *ya sea pública o privada*”. Consecuentemente, atendiendo al tenor literal del precepto, el texto legal acuña un concepto de empresario que va más allá de la configuración mercantil tradicional, ampliándolo a las personas jurídico-públicas. En este ámbito encajaría no sólo la sanidad privada en cuanto actividad empresarial sino también la sanidad pública, resultando así de aplicación al paciente el régimen de protección jurídica que la norma contiene.

De este modo, entraría en juego un principio jurídico distinto a todos los que conocíamos cuya incorporación al ámbito sanitario tiene que articularse de forma sólida. En este sentido, la extensión del Derecho de Consumo a las relaciones clínicas constituye una construcción interpretativa y exegética que exige un refuerzo jurídico-positivo.

Así las cosas, resulta preciso traer aquí el *principio de protección prioritaria* en el ámbito de los bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado. Dicho principio -positivizado hoy en el artículo 9 del TRLGDCU- exige que, para tal clase de bienes o servicios, los poderes públicos desplieguen una actividad protectora prioritaria de los derechos de los consumidores y usuarios¹⁷. Obviamente, la cuestión estriba en concretar el concepto jurídico indeterminado: qué ha de entenderse por “*bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado*”. Afortunadamente, el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre¹⁸, evita subjetividades judiciales y contiene en su Anexo I un catálogo de los bienes y servicios que gozan de tal consideración normativa, encontrándose, entre otros, los “*medicamentos y productos sanitarios*” así como los “*servicios sanitarios: médicos, hospitalarios, farmacéuticos y veterinarios*”¹⁹.

Por todo ello, podemos apuntar que, si partimos de la premisa de la consideración jurídica del paciente como consumidor, el abanico de posibilidades protectoras que ofrece el artículo 9 antes mencionado resulta extraordinariamente atractivo. En efecto, el precepto no constituye una prescripción dirigida al prestador del servicio sanitario ni al paciente sino a los poderes públicos que, de este modo, deben cambiar la tradicional neutralidad propia de planteamientos tributarios de la presunción decimonónica de igualdad de partes, para activar formulaciones que permitan restablecer desequilibrios y asimetrías materiales. Así las cosas, en las reclamaciones jurídicas de carácter patrimonial derivadas de relaciones verticales entre un empresario y un consumidor, en el sentido que

¹⁷ El artículo 9 señala que “los poderes públicos protegerán *prioritariamente* los derechos de los consumidores y usuarios cuando guarden relación directa con bienes o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado”.

¹⁸ Si bien dicha norma fue dictada en desarrollo de la derogada *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, debe reputarse vigente. Téngase en cuenta que mediante Orden SCO/453/2008, de 14 de febrero, el catálogo fue objeto de actualización para incluir los servicios de la sociedad de la información.

¹⁹ El Anexo I cita determinados productos alimenticios y alimentarios, determinados productos no alimenticios (incluyendo, como se ha dicho, los medicamentos y productos sanitarios) y determinados servicios efectuando una sorprendente equiparación, desde la perspectiva de su ubicación sistemática, de la sanidad humana y la sanidad animal.

hemos visto, es decir, entre un prestador de servicio sanitario y un paciente, debe postularse la aplicación de un principio *pro consummitore*. Es por ello que, cuando hay una relación vertical de consumo -y la sanitaria lo es- resulta precisa *de lege data* una protección preferente de los derechos del paciente frente al prestador del servicio sanitario.

Siendo estos los parámetros del sistema, corresponde a la práctica jurídica y a la práctica médica determinar ese tratado de paz entre fuerzas rivales, que mediante transacciones honorables, buscan espacios de convivencia, en el que consiste la esencia del Derecho y al que nos referíamos en líneas anteriores. Evidentemente un sistema que se construya en contra del facultativo es un sistema abocado a fracasar rotundamente. Pero también lo hará un sistema que se construya sobre la base del sometimiento del paciente. Probablemente debamos evitar esa práctica nacional tan endémica que es el juego de los movimientos pendulares en la toma de posiciones.

En todo caso, lo importante es ver si realmente resulta posible incardinar este sistema dentro del consenso social. Evidentemente la sociedad ya no admite la situación tradicional basada en la *auctoritas* médica y, de alguna manera, una vez que se produce este deslizamiento del sistema tradicional a la moderna concepción del paciente como sujeto de derecho en situación de paridad posicional, la clave acaso pueda radicar en comprobar si la satisfacción del paciente ante el cambio de modelo se ve acompañada también de la satisfacción del facultativo. Es decir, si la profesión médica se siente cómoda dentro de un sistema que establece que, en situación de conflicto, la protección preferente va a corresponder a la contraparte. Ello va a depender en buena medida de que la jurisprudencia sea precisamente *iurisprudente*, esto es, que tenga sensatez a la hora de administrar justicia.

4. UN SUPUESTO ESPECÍFICO: LA APLICACIÓN AL ÁMBITO ASISTENCIAL DEL SISTEMA RESPONSABILÍSTICO DE LA NORMATIVA DE PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES.

Debe tenerse en cuenta que las técnicas tuitivas del Derecho de Consumo se vienen aplicando en distintas materias del ámbito sanitario. Así, a título meramente ejemplificativo y sin ánimo exhaustivo,

cabe hacer referencia a varias manifestaciones. Un primer supuesto lo encontramos en la aplicación del TRLGDCU en el ámbito de la publicidad sanitaria, particularmente en lo que se refiere al régimen sancionador previsto en el artículo 8.6 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (actualmente, artículo 5.6 tras la reciente reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre), sin perjuicio de la concurrencia con los tipos sancionadores previstos en otras leyes de naturaleza sanitaria o farmacéutica²⁰. Lo mismo cabe señalar respecto de la aplicabilidad a las controversias sanitarias del sistema arbitral de consumo previsto en los artículos 57 y 58 del TRLGDCU y en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, respecto de la cual ya nos hemos manifestado en el sentido de entender que, si bien es cierto que dicha operación ofrece dificultades técnicas no lo es menos que, en nuestra opinión, existen espacios – escasos, pero suficientes- para articular soluciones jurídicas *de lege ferenda* que permitan aplicar un instrumento de heterocomposición de naturaleza arbitral a los conflictos sanitarios.²¹

También debemos mencionar con un mayor detenimiento un supuesto específico: la aplicación a los servicios sanitarios del sistema de responsabilidad objetiva previsto en el actual artículo 148 del TRLGDCU (antiguo artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio)²². En efecto, la norma establece dos regímenes de responsabilidad. De una parte, existe un régimen general de responsabilidad subjetiva o culposa con inversión de la carga de la prueba en beneficio del usuario prevista en el artículo 147 según el cual “los prestadores de ser-

²⁰ Vid. J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, “El régimen especial de la publicidad comercial de medicamentos: configuración normativa, modalidades y técnicas jurídicas de control” en J. TOMILLO URBINA (Dir.), *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Thomson Civitas, Cizur Menor, p. 174.

²¹ Vid. “Prólogo” de J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS, en J. TOMILLO URBINA y J. CAYÓN DE LAS CUEVAS (Dir.), *La protección jurídica del paciente como consumidor*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010, p. 14.

²² Sobre dicho particular *vid.*, A. PANIZA FULLANA “Responsabilidad sanitaria y protección de los consumidores: (aplicación del artículo 28 de la LGDCU a un supuesto de responsabilidad sanitaria: la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1998)” *Revista General del Derecho*, nº 652-653, p. 75-84, así como E. GÓMEZ CALLE “El fundamento de la responsabilidad civil en el ámbito médico-sanitario”, *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, nº 4, 1998 p. 1754.

vicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”. Junto a dicha regla general convive un régimen de responsabilidad objetiva previsto en el art. 148 que determina que “se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los *servicios sanitarios*, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros”.

En este sentido, la dicción literal de este último precepto apunta hacia un régimen de responsabilidad objetiva para los daños producidos por servicios sanitarios, que, por tanto, resultaría en teoría más beneficioso para el usuario, frente a la tradicional configuración subjetiva de la responsabilidad sanitaria. No obstante, la jurisprudencia se ha mostrado históricamente vacilante en esta materia. Así las cosas, es la STS (Sala de lo Civil) de 1 de julio de 1997, la que inaugura una etapa de reconocimiento de la aplicabilidad del régimen de responsabilidad de la entonces vigente Ley 26/1984. En este sentido, el fundamento de derecho cuarto de la sentencia señala que:

“Ninguna duda cabe, a la luz de la dicción literal del artículo 1.º de la expresada Ley, que el recurrente en cuanto «persona física» que utiliza unos «servicios», reúne la condición de «usuario» «cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden». Conforme al sistema de «garantías y responsabilidad» que establece el capítulo VIII de tal cuerpo normativo el usuario tiene derecho a ser indem-

nizado de los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios les irroguen salvo que aquellos daños y perjuicios estén causados por su culpa exclusiva. Expresamente el apartado 2 del artículo 28 que particulariza, con acentuado rigor, la responsabilidad civil incluye entre los «sometidos a su régimen» los «servicios sanitarios», conceptos que a no dudar comprenden los prestados en el INSALUD. Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad», hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño que consistió en la amputación de la pierna, resultado no querido ni buscado, como consecuencia directa de la intervención, sino ocurrido en contra de lo inicialmente previsto, que era la mejoría en las funciones de la articulación, por la concurrencia, al menos, de un factor exógeno, como fue la infección por pseudomona aeruginosa, que degeneró el proceso curativo, se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad del centro hospitalario. En efecto, los niveles presumidos por Ley de pureza, eficacia o seguridad que suponen, además, posibilidades de controles técnicos de calidad, impiden, de suyo (o deben impedir) por regla general las infecciones subsiguientes a una intervención quirúrgica adquirida, en el medio hospitalario o su reactivación en el referido medio. *Cuando estos controles de manera no precisada fallan, o bien, por razones atípicas dejan de funcionar, en relación con determinados sujetos, el legislador impone que los riesgos sean asumidos por el propio servicio sanitario en forma externa de responsabilidad objetiva, cara al usuario, que por ser responsabilidad objetiva aparece limitada en su cuantía máxima, a diferencia de la responsabilidad por culpa, que sólo viene limitada en su cuantía económica por criterios de proporcionalidad y prudencia en relación con el alcance y circunstancias de los daños sufridos.* La culpa exclusiva del paciente -que en el caso no concurriría- excluiría la responsabilidad objetiva al interferir en ese conjunto de riesgos asumidos por imperio legal otros elementos adicionales de riesgo que, en sus consecuencias, económicas, no son

aceptables, y en sus consecuencias ético-jurídicas son rechazables. También, en un perfil acabado de la responsabilidad objetiva (no obstante, que esta excepción carezca de respaldo legal expreso), el caso fortuito o la fuerza mayor entendidos como sucesos imprevisibles e inevitables fuera del control de aquellos niveles de exigencias que la determinan, servirán, en principio, para excluir la responsabilidad objetiva al faltar los presupuestos que la justifican. Pero estas excepciones deben oponerse y probarse por los perjudicados”

Dicha línea jurisprudencial quiebra, sin embargo, a partir de la STS (Sala de lo Civil) de 26 de marzo de 2004, cuyo fundamento de derecho cuarto señaló que:

“Ciertamente son cada vez más las sentencias de esta Sala que en casos de reclamaciones fundadas en una deficiente atención médica o hospitalaria aplican el artículo 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo apartado 2 hace expresa mención de los «servicios sanitarios», después de que su apartado 1º establezca una responsabilidad que la doctrina mayoritaria considera claramente objetiva a diferencia de la del artículo 26 de la misma Ley, razón por la cual se explica la limitación cuantitativa de las responsabilidades establecidas en el apartado 3º del mismo artículo 28.

(...) Son aplicables los artículos 1, 26 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto la demandante es consumidora (artículo 1º), ha autorizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y siguientes). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia, o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el servicio sanitario, entre otros (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 1998, 1 y 21 de julio de 1997, 9 de junio de 1998 y 29 de junio de 1999). Con estos antecedentes, a los efectos que nos ocupan, lo que procede destacar es la declaración jurisprudencial de

las sentencias de 25 de junio y 19 de septiembre de 1996. Manifiestan que no obstante el carácter social en que se inspira la Ley 26/1984, y venir a crear «ex lege» y al amparo del artículo 1089 del Código Civil una fuente nueva de la obligación de responder por los daños ocasionados a los consumidores y usuarios, representando una variante de la responsabilidad civil por culpa extracontractual, ello no permite desvincular de manera absoluta e incondicional la aplicación de la misma de la concurrencia del factor culposo hecho mención, por lo que la responsabilidad a exigir del fabricante o suministrador no cabe fundamentarla exclusivamente en la noción de riesgo o en una presunción «ex lege» con desconexión total del resultado probatorio en cada caso, y en este aspecto, es de decir, además, que *la lectura de los artículos 25, 26 y 28 de la Ley 26/1984 y su interpretación racional y en conjunto no autoriza a prescindir del referido factor de culpa en el presunto responsable, independientemente de la existencia o no de culpa exclusiva, a su vez, en el usuario del producto*”.

Junto a esta línea de intermitente aplicación de la normativa protectora del consumidor conviven planteamientos jurisprudenciales de configuración de la obligación del facultativo como mera obligación de medios, tal y como resulta, entre otras muchas, de la STS (Sala de lo Civil) de 4 de diciembre de 2007 que señala que:

“(…) la obligación contractual o extracontractual, del médico, y, en general, del profesional sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo o, lo que es igual, no es la suya una obligación de resultado, sino una obligación de medios, de modo que en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere tampoco la inversión de la carga de la prueba, admitida por el Tribunal Supremo para los daños con otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa y de la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico, por lo que no hay responsabilidad sanitaria cuando no es posible establecer la relación de causalidad culposa, por no depender de la misma el resultado dañoso”.

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha acuñado la denominada “*doctrina del daño desproporcionado*” como supuesto de inversión de la

carga de la prueba²³. A título de ejemplo, cabe citar la STS (Sala de lo Civil) de 19 de julio de 2007 que expresamente señaló en su fundamento de derecho quinto que:

“(…) procede aplicar la excepción de que la carga de la prueba corresponde al paciente, en consecuencia de la radical equivocación entre el diagnóstico radical informado y el resultado final, y con seguimiento de la doctrina jurisprudencial referente a que, en las coyunturas donde por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente o es desproporcionado, o enorme, o la falta de diligencia e, incluso, obstrucción, o falta de cooperación del médico, ha quedado constatado por el propio Tribunal, posición recogida, entre otras, en las SSTS de 29 de julio de 1994, 2 de diciembre de 1996, 21 de julio de 1997 y 22 de mayo de 1998, afirmándose en la segunda de estas que <<no obstante, sea la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para la curación o sanación, adecuados según la "lex artis ad hoc", no se excluye la presunción desfavorable que pueda generar un mal resultado, cuando éste por su desproporción con lo que es usual comparativamente, según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios utilizados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización>>, y en idéntico sentido se resuelve en la última de las resoluciones citadas que <<si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico y el grave resultado, se infiere estamos en presencia de uno de esos casos, en los que, conforme a la doctrina de esta Sala, corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia>>”.

Finalmente, deben tenerse en cuenta dos consideraciones adicionales a modo conclusivo. En primer lugar, conviene tener en cuenta que la jurisprudencia viene declarando que la aplicación de normativa de protección del consumidor respecto de la responsabilidad derivada de los servicios sanitarios únicamente puede proyectarse sobre los aspectos funcionales del servicio sanitario y no puede alcanzar a los daños imputables directamente a los actos médicos (SSTS de 1 de julio de 1997, 5 de febrero de 2001, 5 de enero de 2007, y de 7 de mayo de 2007, entre otras). En segundo lugar, sin perjuicio de postular desde aquí un sistema que permita garantizar la plena efectividad al principio constitucional de protección del usuario, especialmente en materia probatoria, debe subrayarse el carácter extraordinariamente casuístico de la materia, circunstancia que exigirá el análisis de las circunstancias concurrentes en cada caso enjuiciado.

²³ Sobre la doctrina del daño desproporcionado, *vid.* L. SARRATO MARTÍNEZ, “La doctrina del daño desproporcionado y su aplicación en el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria”, *Diario La Ley*, N° 6968, Sección Tribuna, 16 Jun. 2008, Año XXIX, Ref. D-189, Editorial La Ley.