

## **LEX ARTIS, ONUS PROBANDI Y RESPONSABILIDAD MÉDICA\***

*Manuel Ángel de las Heras García*

Doctor en Derecho

Profesor Ayudante del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Alicante

*A mis abuelos, in memoriam*

### **SUMARIO**

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. DELIMITACIÓN DE LA *LEX ARTIS* MÉDICA.
  - II.1. Aproximación a la *lex artis* y a su concreción casuística (o *lex artis ad hoc*).
  - II.2. Cometidos que desarrolla la *lex artis*.
  - II.3. Los deberes profesionales, ¿están incorporados en la *lex artis*?
- III. SOBRE LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA (U *ONUS PROBANDI*).
  - III.1. Carga de la prueba en el proceso penal y responsabilidad médica.
  - III.2. El *onus probandi* en el proceso civil: doctrina general.
  - III.3. Carga de la prueba y responsabilidad civil del médico.
- IV. BIBLIOGRAFÍA.

### **I. INTRODUCCIÓN**

A nadie escapa el reiterado alegato acerca del progresivo aumento percibido en los distintos órdenes jurisdiccionales en cuanto a formulación de acciones y resoluciones condenatorias por responsabilidad médica se refiere, pero es de señalar que tal fenómeno no es novedoso respecto de aquellos países que cuentan con servicios sanitarios desarrollados, emergiendo durante el pasado siglo un descomedido incremento de la litigiosidad en la par-

---

\* «Premio San Raimundo de Peñafort» en su vigésima edición instituido por el Iltre. Colegio de Abogados de Murcia.

cela médico-sanitaria<sup>1</sup> y, a la par, el recurso, por parte de los galenos, al reprochable ejercicio de la conocida como *medicina defensiva*<sup>2</sup>, corolario de la «actitud trepidante de los médicos ante el universo jurídico»<sup>3</sup>.

Igualmente suele ser habitual referir numerosos y heterogéneos factores que han provocado este cambio de actitud, entre otros, la consolidación y positivación de los derechos de

---

1 A título de muestra en Francia, finalizando el siglo XVIII y empezando el siguiente, ya se advertía cierto desasosiego doctrinal y jurisprudencial derivado de demandas dirigidas frente a los facultativos, preocupación no trasladada a los cuerpos civiles que, influidos por el *Code* Napoleón, omitieron regular las profesiones liberales, apuntando PENNEAU, J., *La responsabilité médicale*, págs. 4 a 7, «Si dans le premier tiers du XXe siècle les procès en responsabilité médicale restent relativement rares, ils sortent, cependant, du domaine de l'exceptionnel... A partir du second tiers du siècle, le contentieux de la responsabilité médicale se gonfle considérablement... Corrélativement à cet accroissement du contentieux de la responsabilité médicale, on peut noter déjà une très perceptible tendance des tribunaux à abandonner leur traditionnelle prudence dans l'affirmation de la faute», el propio autor en *Encyclopédie Juridique Dalloz*, voz *médecine*, pág. 34 —refiriendo un estudio de *le Sou médical*, que data de 1991, sobre 4189 dossiers—. Ello también es predicable de nuestro CC el cual, como en la mayoría de los ordenamientos continentales, no contiene precepto alguno sobre la naturaleza jurídica de la profesión médica o responsabilidad de sus ejercientes, entre otros, ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, pág. 19; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., *Sistema de responsabilidad médica*, pág. 21; LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico*, pág. 13, o CARBONE, V., *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione*, pág. 1173, tras reconocer que la responsabilidad del profesional en general, y del médico en particular, en el último decenio va incrementando con progresión geométrica, subraya lejano también el escenario normativo del *Codice civile* de 1942 «in cui il professionista godeva di un'ampia zona di irresponsabilità» justificado por el perfil creativo del prestador de una obra intelectual, alejado del ejercicio profesional de una actividad económica, organizada y empresarial —lo que avalaba el art. 2238 *Codice civile* al dejar al prestador de una obra intelectual al margen del sistema económico y productivo (arts. 2082 y ss.) reenviándolo al régimen del *prestatore di lavoro subordinato* (arts. 2094 y ss.)—, destacando que «Lo sviluppo della società moderna, le mutate esigenze di tutela del soggetto più debole, le nuove situazioni emergenti che legittimano il controllo sull'operato del professionista hanno comportato l'insostenibilità di posizioni privilegiate non più tollerabili anche per la diffusa estensione del ceto professionale». Ya en 1968 ARASA, F., *Los trasplantes cardiacos ante la ética médica*, pág. 616, calificaba para España de «paradójica la frecuencia creciente con que es demandado judicialmente actualmente el médico —lo cual casi nunca había sucedido—, y la actuación a veces un tanto impune de ciertos cirujanos... Ciertamente que la responsabilidad moral del médico va cambiando, a medida que le proporciona la ciencia nuevas armas cada vez más eficaces para alargar la vida, pero a la vez más peligrosas. Tanto es ello así que empieza a sentirse un verdadero temor por parte del médico»; apuntando MOYA HURTADO DE MENDOZA, F., *Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y a la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico*, págs. 151 y 152, que es «la propia evolución científica de la medicina la que ha propiciado entrar a valorar la actuación del médico»; en similar línea GALÁN CORTÉS, J. C., *Responsabilidad civil médica*, págs. 136 y 137, «los médicos y cuantos colaboran en el ámbito sanitario devienen víctimas de la responsabilidad de su propio éxito».

2 Esto es, aquella que basa, en general y anticipadamente, su *praxis*, sus actos y manifestaciones en necesidades del facultativo o del organigrama sanitario en lugar de las del enfermo, necesidades que, de un lado, resultan ajenas o extrañas a las del paciente y, de otro, responden al temor del facultativo a verse involucrado en posibles reclamaciones judiciales y sus repercusiones. Para BARCIA, D., *Aspectos éticos de la relación médico-enfermo*, págs. 103 y 104, uno de los aspectos negativos de la actual *ética de autonomía* y del *consentimiento informado* ha sido la «aparición de una conducta “defensiva” por parte del médico ante la posibilidad y la realidad de denuncias por parte de los pacientes», vid. también LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El consentimiento informado*, pág. 275.

3 BROGGI I TRIAS, M. A., en el debate a la 2ª sesión contenida en *Información y documentación clínica*, vol. I, pág. 262, reconoce abiertamente: «tengo miedo a las normas».

los pacientes<sup>4</sup>, la *desmitificación* de la figura del galeno<sup>5</sup>, la mudanza ético-moral del colectivo médico<sup>6</sup>, los ingentes avances técnicos-científicos acaecidos en la esfera médico-sanitaria o la misma complejidad que entrañan la aplicación de algunos remedios terapéuticos y sus consecuencias<sup>7</sup>, todo lo cual, unido al advenimiento de la sociedad de masas que caracteriza a la actual (concebida como muchedumbre «amorfa de población» y distinguida por «la tutela del Estado, los seguros sociales obligatorios<sup>8</sup> y, a través de ellos, por la liberación del riesgo y de la responsabilidad»), viene dando lugar a un Derecho social distinguido del tradicional por su idealismo y legalismo, constituyendo un «Derecho legislado, emanado de los poderes públicos» que atiende a la defensa y dirección de la masa, planteando ello no pocos inconvenientes<sup>9</sup> entre los que cabe resaltar el relativo a que los textos jurídico-positivos se transforman en «fuente omnipotente y casi única de todo el Derecho y ha proliferado en forma tan pluriforme como absorbente». Sin embargo, lo peor no es eso —se aduce— sino

---

4 Denominados ahora clientes, usuarios o, incluso, *consumidores* de salud, afirmándose que las reclamaciones sólo son la *punta del iceberg*, subrayando FORNES, *ob. cit.*, pág. 30, que la sociedad actual es una sociedad informada «con conciencia de usuario que sabe exigir calidad y eficacia», apuntando como inconveniente que en la misma «pueden proliferar los elementos nocivos que, en abuso de sus derechos, encuentran en la vía de la reclamación una forma de obtener un dinero fácil... De hecho, es demostrable que la mayor parte de las reclamaciones tiene motivos económicos».

5 SOTO NIETO, F., *El seguro obligatorio de responsabilidad profesional sanitaria*, pág. 1.

6 Esto es, el paso de la tradicional *ética de beneficencia* (contenida, *in substantia*, en el celeberrimo *Juramento del anciano de Cos*) a la actual denominada *ética de autonomía* (fruto de la *self-determination* anglosajona) concebida como aquella «que a diferencia de la de beneficencia considera que los valores y las creencias del paciente son la consideración moral básica que determina las responsabilidades morales del médico en la asistencia a los pacientes. Si los valores del paciente se enfrentan directamente con los de la medicina, la responsabilidad fundamental de los médicos estriba en respetar y facilitar la autodeterminación del paciente en la toma de decisiones sobre su destino médico», BARCIA, pág. 100.

7 IAMICELI, P., *La r. c. del medico*, pág. 311, apunta que «Lo svolgimento dell'attività medica si colloca oggi in un contesto complesso e articolato. Il rapporto medico-paziente ha subito nel tempo notevoli mutamenti: la tendenza a esercitare l'attività medica entro strutture organizzate, in cui la figura del professionista di fiducia finisce per lasciare il posto a quella dell'anónimo prestatore di servizi; la rilevanza attribuita dal progresso scientifico al profilo tecnico dell'attività svolta; la crescente specializzazione nei diversi settori della medicina e la tendenza all'esercizio di una attività d'équipe»; también PRINCIGALLI, A., *La responsabilità del medico*, pág. 6; MOYA HURTADO, *ibidem*, o GALÁN CORTÉS, *ibidem*, apuntando también estos últimos la difusión de los errores médicos en los distintos medios de comunicación social.

8 Al respecto, para el ámbito que nos ocupa, valga citar, p. ej., el art. 36 (“Aseguramiento de responsabilidades”) del RD 29/2000, de 14-01, sobre Nuevas Formas de Gestión del INSALUD o art. 46 (“Cobertura de responsabilidad”) de la Ley 44/2003, de 21-11, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias (en adelante, LOPS), que han venido a instaurar el seguro obligatorio para los prestadores de servicios sanitarios, debiendo atenderse a las negativas consecuencias que ello está acarreado en los EE.UU. (así, SOTO NIETO, pág. 2, siguiendo a FELISA PARDO, considera que «el sistema de la responsabilidad civil médico en EE.UU. está roto; que según la American Medical Association el incremento salvaje de las primas de responsabilidad civil en EE.UU. está forzando a los médicos a limitar los servicios, jubilarse antes o trasladarse a Estados donde se han llevado a cabo reformas legales, cuyas consecuencias son primas más estables»).

9 DÍEZ-PICAZO, L., *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, págs 30 a 32, siguiendo a VALLET, enumerando hasta ocho problemas concretos del Derecho de la sociedad de masas entre los cuales figuran: «2°. La redistribución de los recursos por medio de los impuestos... 5°. La seguridad social como protección de la masa y como función redistributiva de rentas... 7°. La gran ciudad como problema, y 8°. El problema de la masificación de la cultura, con dos importantes proyecciones: los medios de percepción, información y comunicación y la organización de la enseñanza», contraponiéndolo al Derecho tradicional que aparecía caracterizado «por su sentido realista, destacado especialmente en lo que debe llamarse el “equilibrio sensorial para la percepción del derecho” y en la “armonía de la fuentes”».

que, encima, más juristas de los deseados parecen no saberse mover sin la falsilla de un cuerpo legal de modo que, ante cualquier hesitación interesan una reforma normativa, para manejar las leyes demandan reglamentos y, al poco después, aclaraciones y circulares. Da la impresión de que se ha extraviado el razonamiento jurídico, únicamente se persigue aplicar automáticamente preceptos legales prolijamente positivizados<sup>10</sup> obviándose que la ley sólo constituye un simple instrumento del Derecho, pero no el epicentro del ordenamiento jurídico, y que el propio inconveniente equivaldría, en Medicina, a que los galenos tomaran «los medicamentos, con sus etiquetas, como base de todos sus diagnósticos, razonamientos y problemas. El centro, la base de toda la labor del médico es, evidentemente, el enfermo. Se trata de sanarle. Las medicinas son instrumentales. El centro, también, de todo razonamiento jurídico es la vida<sup>11</sup>, la relación humana, a la que trata de referirse para hacer justicia. Las normas tienen un valor instrumental: han de aplicarse sólo en cuanto resulten adecuadas. No por el afán de imponer su texto literal, sea o no adecuado a las circunstancias reales de la situación jurídica de que se trate»<sup>12</sup>; opinando oportuno este concreto e inicial reproche si nos detenemos a *echar un vistazo* a la hiperinflación legislativa que venimos padeciendo, especialmente a la experimentada en el ámbito sanitario<sup>13</sup>.

---

10 VALLET DE GOYTISOLO, J., *Panorama del Derecho Civil*, págs. 35 a 37, recuerda que en Roma «la producción estatal del Derecho se mantuvo en segundo plano... Savigny dedujo del Derecho Romano clásico su tesis de que la ley sólo debe intervenir: cuando fines políticos superiores exijan la reforma del Derecho existente: cuando resulten dudosas determinadas de sus reglas, o cuando se trate de normas... de tal modo positivas que sólo puedan establecerse por declaración estatal. En Derecho intermedio se legisló muy poco... Pero, el Estado moderno ha pretendido monopolizar el Derecho, a través de la ley... Con la teoría del Derecho puro de Kelsen, todo se resume para el jurista en conocer la voluntad del Estado, que cuanto quiere lo transforma en Derecho... La generación anterior a la nuestra creía que la ley y los conceptos proporcionaban seguridad jurídica. Hoy, el incesante cambio de leyes y la disparidad de criterios conceptuales, hacen pensar en que las costumbres la habían garantizado mucho mejor durante siglos en los países del *civil law* y que la jurisprudencia sigue haciéndolo en los del *common law*».

11 Por todos mi maestro, el Dr. ROCA GUILLAMÓN, J., *La protección de los mayores en el Derecho Civil*, págs. 13 y 14, al recordar que, biológicamente, «el primer bien que toda persona posee es su propia vida. De ahí el primordial interés en conservarla..., salvo en supuestos patológicos, se aspira no ya a conservar, sino a hacerlo en las mejores condiciones posibles»; lo que corroboran, p. ej., los ordinales 1 y 3 del art. 2 de la reciente Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 08-04-2005, por la que se establecen los principios y las directrices detalladas de las buenas prácticas clínicas respecto a los medicamentos en investigación de uso humano, así como los requisitos para autorizar la fabricación o importación de dichos productos.

12 VALLET, pág. 45.

13 Sin ánimo exhaustivo, además de las citadas, entre las normas más recientes y dispares, RD 1976/1999, de 23-12, por el que se establecen los criterios de calidad en radiodiagnóstico; RD 1662/2000, de 29-09, sobre productos sanitarios para diagnóstico «in vitro»; Ley 41/2002, de 14-11, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LBAP-DOID, en lo sucesivo); Ley 16/2003, de 28-05, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS); RD 1277/2003, de 10-10, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios; Ley 45/2003, de 21-11, por la que se modifica la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; Ley 55/2003, de 16-12, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud (LEMPE); RD 178/2004, de 30-01, por el que se aprueba el Reglamento general para el desarrollo y ejecución de la Ley 9/2003, de 25-04, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente; RD 183/2004, de 30-01, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual; RD 223/2004, de 06-02, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos; RD 1555/2004, de 25-06, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo; RD 1720/2004, de 23-07, por el que se establecen las tipologías fisiopatológicas que permiten la superación de los límites generales establecidos para la fecundación de ovocitos en procesos de reproducción asistida, etc.; todo ello sin contar la numerosísima legislación autonómica (Decreto vasco 45/1998, de 17-03, por el que se establece el contenido y se regula la valoración, conservación y expurgo de

Como asimismo se conoce el enjuiciamiento y ulterior decisión de las reclamaciones por daños ocasionados con motivo de la asistencia médico-sanitaria dispensada en centros públicos ha constituido en España, durante la centuria pasada y entrada la presente, materia *sospechosamente* codiciada por los distintos órdenes jurisdiccionales (civil, contencioso y social, admitida la preferencia del penal, *ex art.* 44 LOPJ) disputándose la misma en incontables conflictos de competencia (en particular, positivos) que han atravesado desiguales etapas, aunque las últimas reformas legales se han decantado por *amarrar* la controversia suscitada en puerto contencioso<sup>14</sup>. Con todo, siendo plurales los dilemas que plantea la materia que abordamos, en el presente análisis trataremos de acercarnos, de una parte, al deber primordial del facultativo (que a nuestro criterio no es otro que la observancia estricta de su *lex artis* en el sentido que se sostiene) así como, de otra, al *onus probandi* una vez deducida reclamación judicial por los servicios médicos prestados.

## II. DELIMITACIÓN DE LA *LEX ARTIS* MÉDICA

Bajo la amplia fórmula *lex artis*<sup>15</sup> (*leges artium*, *legis artis* o reglas del *arte*, entre otra terminología) se engloba el contenido de la libre y diligente actuación profesional, esto es, abriga aquella serie de actitudes y conocimientos aplicables a su ejercicio<sup>16</sup> cuya obtención y práctica conlleva que el *profesional* sea socialmente reconocido como tal<sup>17</sup>. A pesar de que

---

los documentos del Registro de Actividades Clínicas de los Servicios de Urgencias de los Hospitales y de las Historias Clínicas Hospitalaria; Ley 2/1998, de 15-06, de Salud de Andalucía; Ley 21/2000, de Cataluña, sobre los derechos de información relativos a la salud, la autonomía del paciente y la documentación clínica; Ley gallega 3/2001, de 28-05, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes —reformada por Ley 3/2005, de 07-03—, Ley Foral navarra 11/2002, de 06-05, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica; Ley 1/2003, de 28-01, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana; Ley 5/2003 de 04-04, de salud de las Islas Baleares; Ley 7/2003, de 09-12, de ordenación sanitaria de Galicia; etc.).

14 Lo cual ya se podía vaticinar, sobre todo, a virtud del art. 2.e) de la LJCA de 1998, nueva redacción dada al art. 9.4 LOPJ por LO 6/1998 y Disposición adicional 12ª de la LRJAP-PAC con dición proporcionada por el art. 2º de la Ley 4/1999; más modernamente la nueva reforma del art. 9.4 LOPJ por LO 19/2003, de 23-12, norma esta última que igualmente modifica el art. 2.e) LJCA mediante su Disposición adicional 14ª. Pervivirá, no obstante, la competencia del orden civil si el perjudicado por daño imputable a la administración sanitaria opta por ejercitar únicamente la acción directa (art. 76 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro) frente a la aseguradora de esta última (evidenciándose todavía *fisuras* en la tan anhelada instauración, por parte del legislador, de la unidad jurisdiccional a favor del orden contencioso); sobre la materia DE LAS HERAS GARCÍA, M., *Procedimiento en reclamación por responsabilidad médica contra hospitales públicos*, trabajo publicado en tres partes en la Sección “Manual de...”, <http://www.njbosch.com>.

15 Empleada inicialmente en la jurisprudencia penal, trasladada con posterioridad al ámbito civil, FERNÁNDEZ HIERRO, pág. 201.

16 OROZCO PARDO, G., *La aplicación del concepto de «lex artis» al campo de la actividad del profesional. El caso de la profesión médica*, pág. 513. Así, el vigente Código de Ética y Deontología (CED) de la Organización Médica Colegial (OMC), de 10-09-1999, señala en su art. 21.1 que el ejercicio de la Medicina constituye “un servicio basado en el conocimiento científico, en la destreza técnica y en actitudes éticas...”. También se ha llegado a identificar la *lex artis* con el conjunto de reglas técnicas y procedimientos generales aplicables a casos típicos o semejantes, siendo distinta en atención al sector jurídico-social al que venga referida (p. ej., en el tráfico y circulación de vehículos a motor) y, en concreto, a la profesión que consideremos (Arquitectura, Abogacía, Medicina, etc.).

17 Así, PENNEAU, *La responsabilité médicale*, págs. 92 y 93, cuando se refiere a que «L'élaboration des usages, leur maintien ou leur remplacement sont de la compétence exclusive du professionnel: c'est un problème technique. Ces usages, lorsqu'ils sont certains définissent exactement les devoirs qui incombent à chaque médecin» añadiendo acto seguido «Le contrôle de l'existence et de la réalité des usages est, en revanche, un problème juridi-

esta propia voz —*profesional*— constituye un noción *metajurídica*, con varias significaciones, arrancando del sentido gramatical de *profesión* y en su acepción eminentemente sociológica<sup>18</sup> equivale a ostentar determinados conocimientos en una concreta materia que llevan aparejados una cualificación profesional (plasmada, a su vez, en una certificación o título)<sup>19</sup>, constituyendo lo más característico de las *profesiones liberales* —como es la médica— la autonomía o independencia en su ejercicio con sometimiento, como criterio rector, a esta denominada *lex artis* con carácter prácticamente exclusivo<sup>20</sup>. Diversos han sido los conatos en orden a definir esta *lex* (identificada, por lo general, con aquella regla de la técnica de actuación de la profesión que se trate) la cual viene referida, en último término, a aquella esfera de autonomía profesional cuya regulación exclusivamente incumbe a sus miembros (reputados *artífices* o profesionales) que, a la postre, son los encargados de encarnar un modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas de un concreto arte u oficio<sup>21</sup> incumbiendo, por ende, el establecimiento de tal *lex* en Medicina a la propia profesión médica<sup>22</sup>. Cabe mantener que las *leges artium* de cada profesión son aquéllas que gobier-

---

que où le juge est seul compétent». En esta línea el apartado 71 del *Codi de Deontologia, Normes d'Ética Mèdica* (texto deontológico catalán, en vigor desde el 01-01-1998, aprobado por la Asamblea General de Médicos de Cataluña el 16-06-1997, sobre el cual ya se debate su reforma existiendo, incluso, un documento de Revisión y Propuesta de modificación, de fecha 21-07-2004) dispone claramente que el galeno “no prestará los servicios profesionales en ninguna empresa o institución que no le permita respetar sus deberes éticos y deontológicos”.

18 Como se expresa en el apartado II del preámbulo de la LOPS, la *profesión* «es un concepto elusivo que ha sido desarrollado desde la sociología en función de una serie de atributos como formación superior, autonomía y capacidad auto-organizativa, código deontológico y espíritu de servicio, que se dan en mayor o menor medida en los diferentes grupos ocupacionales que se reconocen como profesiones»; lo que ya advirtiera casi dos décadas antes ATAZ., pág. 52.

19 Al respecto, p. ej., la LO 5/2002, de 19-06, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional, establece en su art. 8 que los certificados de profesionalidad —con carácter oficial y validez en todo el territorio nacional— acreditan a los correspondientes cualificaciones profesionales a quienes los hayan obtenido; habiéndose dictado ulteriormente el RD 1506/2003, de 28-11, por el que se establecen las directrices de tales certificados de profesionalidad, recogiendo en su Anexo la experiencia laboral mínima requerida para la presentación a las pruebas de obtención de dichos certificados, con referencia a los sectores profesionales afectados (agrario, pesca y acuicultura, edificación y obras públicas, artesanía, automoción, industria alimentaria, gráfica, de la madera y del corcho, química, etc.).

20 Véase DELGADO GONZÁLEZ, A. F., *Las sociedades profesionales. El ejercicio en común de las profesiones en España. Sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*, págs. 2 a 5, llegando a definir, sociológica y generalmente, al *profesional* como aquél que «ejerce una actividad de carácter básicamente intelectual, con independencia, sino desde un punto de vista económico, si desde el de la actividad en sí misma considerada, y que se sirve de ella como medio de vida», atendiendo como valores a incluir en tal concepción la «autonomía en el ejercicio de la profesión, carácter personal y exclusivo de la relación profesional, control deontológico, reconocimiento social, carácter vocacional con rechazo de la visión mercantil de la actividad y responsabilidad personal y plena».

21 BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, págs. 121 y 122, nota núm. 41, poniendo de relieve tal autor que la «vinculación de la pericia a la noción de artífice, experto o profesional en un arte (“*quippe ut artifex conduxit*”) tiene su raíz en el Dig. 19, II, 9,5». Asimismo, en el Dig. 50, XVII, 132, y en la Inst. 4, III, § 7, se establece el principio *imperitia culpa annumeretur*, aplicando la Glossa (Gl. *imperitia* a Dig., 50, XVII, 132) tal postulado a todo artífice, incluido al juzgador y al médico.

22 Lo que ya recogiera la *Declaración sobre Autonomía y Autorregulación Profesional* de la Asociación Médica Mundial (organización internacional surgida el 18-09-1947, contando en la actualidad con médicos pertenecientes a casi 70 naciones), texto adoptado en la 39ª Asamblea que tuvo lugar en Madrid (octubre de 1987), cuyo apartado 3º establece: “...*Paralelamente, la profesión médica asume la responsabilidad permanente de autorregularse. Y, aunque existan otros reglamentos que se imponen a los médicos, la profesión médica debe tomar a su cargo la tarea de regular la conducta y actividades profesionales de sus miembros*”. En este sentido dice GRACIA

nan la actuación de los profesionales que consideremos, toda vez que el genérico modelo de conducta del *buen padre de familia* se caracteriza, precisamente, por la negación de todo conocimiento técnico, su naturaleza no profesional o especializada<sup>23</sup>, afirmándose que la negligencia del médico reside en «no actuar con la misma diligencia con que los hombres que tienen la misma profesión, comúnmente actúan»<sup>24</sup>, es decir, en inobservar en su ámbito la diligencia debida.

## II.1. Aproximación a la *lex artis* y a su concreción casuística (o *lex artis ad hoc*)

*Latu sensu*, la *lex artis* posee una doble significación que sintetizamos como sigue:

**Primera.** — Como fuente de la cual manan reglas y criterios que rigen la actividad del profesional (normas de conducta), si bien es de subrayar que esta *lex* no se amolda al tradicional esquema de la norma jurídica puesto que buena parte de ella, a excepción de algunos textos de diversa denominación (códigos, recomendaciones u otros cuerpos de carácter deontológico), no se plasma por escrito<sup>25</sup> y, aún en el caso de que así fuere, la mayoría de las veces no se trata de un texto legal, con lo cual no cabe presumir su publicidad para los extraños a la profesión y, por ello, no parece que quepa acudir al dictado del art. 6.1 CC. Sin embargo, ello no es así<sup>26</sup> desde el momento en que pueden catalogarse, p. ej., los mandatos y abstenciones

---

GUILLÉN, D., *Jurisprudencia y Lex Artis*, pág. 57, «La *lex artis* no puede establecerla más que la propia Medicina», conclusión anticipada por el propio autor en *Ética y responsabilidad profesional*, pág. 57, al subrayar que es «necesario recordar que sólo la medicina es competente en definir lo que es buena o mala práctica. Esto explica por qué los jueces han de acudir en múltiples ocasiones a los propios médicos para poder decidir si una actuación ha sido negligente o no. Al final, siempre es la medicina la que ha de decidir sobre sus propias conductas»; extremo con anterioridad señalado por ROCA JUAN, J., al prologar la obra de ATAZ, pág. 13. Lógicamente tal autorregulación no podrá amparar (aspecto que parece *descuidar* en alguna ocasión el colectivo médico) actuaciones contrarias al ordenamiento jurídico, hasta tal punto que los claros mandatos contenidos en los arts. 9.1 y 103.1 CE han tenido que ser reiterados, innecesariamente, en los arts. 4.7 LOPS y 4.a) LEMPE, respectivamente.

23 BADOSA, *La diligencia...*, pág. 50, señalando, pág. 79, que en la expresión *buen padre de familia* se diferencian dos ingredientes; de un lado, *padre de familia* designa el tipo o clase de modelo de conducta; mientras que, de otro, el adjetivo *bueno* se refiere a una de las posibles graduaciones o intensidades de aplicación de tal tipo, *el grado o intensidad media*.

24 ATAZ, pág. 20 y nota núm. 6, cuando se refiere a las obras de los comentaristas del Derecho común que contienen ciertas alusiones a la responsabilidad médica.

25 Lo que lejos de constituir un inconveniente, supone una ventaja dada la rapidez con que evoluciona la ética, ciencia, arte y técnica médicas; en este sentido, OROZCO, pág. 521.

26 A título de muestra, el último inciso del art. 1 del *nuovo Codice di Deontologia Professionale*, de 03-10-1998 (aprobado por la Comisión Central de la *Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e degli Odontoiatri*), dispone «...Il medico è tenuto alla conoscenza delle norme del presente Codice, la cui ignoranza non lo esime dalla responsabilità disciplinare», o el mismo precepto del CED nacional («La Deontología médica es el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico»), pronunciándose el art. 2 de este propio cuerpo como sigue: «1. Los deberes que impone este Código, en tanto que sancionados por una Entidad de Derecho Público obligan a todos los médicos en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en que la practiquen. 2. El incumplimiento de alguna de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, cuya corrección se hará a través del procedimiento normativo en ellos establecido», asumiendo la OMC como fin primordial «...la promoción y desarrollo de la Deontología profesional. Dedicará atención preferente a difundir los preceptos de este Código y se obliga a velar por su cumplimiento» (art. 3). En otros países, como Francia, los textos deontológicos aparecen positivados normativamente (así, Decreto núm. 95-1000, de 06-09-1995, por el que se aprobó el *Code de Déontologie médicale*; Decreto núm. 94-500, de 15-06-1994, que reforma el *Code de Déontologie*

ético-deontológicas de costumbre (art. 1.1 CC) y, en suma, invocarlos como tal<sup>27</sup>. En contra de tal postura algunos mantienen que no parece que venga a coincidir la *lex artis* con los usos<sup>28</sup> lo cual, a nuestro criterio, tampoco resulta del todo acertado puesto que si la *lex* no se limita sólo a tales usos profesionales es claro que los comprende (art. 1.3 CC)<sup>29</sup>; debiéndose atender a que uno de los caracteres principales de la Medicina (en su vertiente de ciencia experimental) no es otro que el de su constante desarrollo careciéndose, por lo general, de criterios médicos definitivos o inalterables lo cual acarrea su continua adaptación a los progre-

---

*des Chirurgiens-dentistes* o Decreto núm. 91-779, de 08-08-1991, por el cual se aprobó el *Code de Déontologie des Sages-femmes*). Como indica HERRANZ RODRÍGUEZ, G., con motivo de su comparecencia ante la Comisión Especial de Estudio sobre la Eutanasia, Diario de Sesiones del Senado, VI Legislatura, Comisiones, núm. 307, de 16-06-1998, pág. 28, el código deontológico «no es un instrumento de corporativismo autoprotectivo, es un compromiso público de comportamiento, y lo que está dicho ahí es exigible. En Francia el Código es un Decreto Presidencial... Tiene una fuerza legal que aquí no tiene. Aquí nunca se ha querido dar al Código una fuerza legal», inconveniente que, reputa, posee también determinadas ventajas. Valga citar, p. ej., los arts. 1.4, 3.2 o 32.1 del RD 1018/1980, de 19-05 (por el cual se aprobaron los todavía vigentes Estatutos Generales de la OMC), puestos en conexión con el art. 2.3.a) del Estatuto del Consejo General (contenido en la propia norma) según el cual le corresponde a este último el establecimiento de «*las normas deontológicas ordenadoras del ejercicio de la profesión médica, las cuales tendrán carácter obligatorio, y aplicar e interpretar dichas normas, velando por su observancia y uniforme ejecución...*». En definitiva, puede mantenerse que una de las principales manifestaciones de la potestad normativa e, indudablemente, la más destacada de la OMC viene constituida por la elaboración y positivación ulterior de la normativa deontológica la cual, adoptando usualmente forma de Código, contiene los principios y reglas de actuación a observar, de modo preceptivo, por los facultativos colegiados en el ejercicio de su profesión. Como expresa, entre otras muchas, la STS de 27-12-1993, Sala 3ª, Sección 6ª, PECES MORATE, FD 4ª, nuestro TC tiene declarado (por todas S. de 21-12-1989) que los cuerpos deontológicos «no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencia en el orden disciplinario, pues, al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas» delegadas por ley en los Colegios Profesionales, de modo que «las transgresiones de las normas de deontología profesional constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios Profesionales», no vulnerándose, por ende, el art. 25.1 CE.

27 ATAZ, pág. 202, nota núm. 276; FERNÁNDEZ HIERRO, págs. 132 y 133, o LLAMAS, *La...*, págs. 48 y 49; pudiéndose recordar las Leyes 4, 5 y 6, Tít. 2, Part. 1, cuando identificaban la costumbre con la «práctica muy usada y recibida que ha adquirido fuerza de ley. Para que la costumbre sea legítima y no corruptela, se requiere: que se haya introducido con el consentimiento tácito del legislador; que sea conforme a la utilidad general...», surtiendo tal costumbre «legítima» los efectos de la ley, ESCRICHE, J., *Elementos de Derecho Patrio*, págs. 13 y 14..

28 Esbozándose, entre otros, aquel argumento que proporciona PENNEAU al señalar que en el proceso de formación de los usos y de las reglas del arte existe una diáfana divergencia; «los usos nacen de la práctica, por lo que poseen un origen convencional basado en la autonomía de la voluntad, que es extraño por naturaleza a la formación de las reglas del arte y a su esencia», seguido por OROZCO, pág. 521, nota núm. 17, concibiendo PENNEAU, *La responsabilité du médecin*, págs. 22, la *règle de l'art* como «una pratique actuelle, performante et accessible á la connaissance», mientras que los *usages médicaux* los identifica con «pratiques suivies, avalisées, par les professionnels d'une compétence et d'une conscience indiscutables... et se distinguent des pratiques d'opinion n'ayant pas dépassé le stade de l'expérimentation ou de la libre discussion académique», también MEMETEAU, G., *Le droit médical*, pág. 437.

29 Máxime si aceptamos con PENNEAU, *La responsabilité médicale*, pág. 92, que los usos constituyen «le reflet exact de la pratique du bon professionnel compétent» y decir lo contrario «revient à abandonner le critère du bon père de famille, c'est-à-dire en ce domaine, celui du médecin compétent, et à rendre les devoirs juridiques du médecin indéterminables a priori». Así GITRAMA GONZÁLEZ, M., *En la convergencia de dos humanismos*, pág. 308, «A lo que el médico se obliga ante el enfermo es a consolarle, a reconocerle para diagnosticar su morbo y a prescribir o aconsejar todas las precauciones y medidas terapéuticas ordenadas por la ciencia médica, por las reglas y los usos profesionales para el caso de que se trate»; entendiéndose también ROCA JUAN y ATAZ, *Problemas de responsabilidad civil en el ejercicio profesional del médico*, pág. 8, que «a eso que la Medicina entiende en cada momento que es correcto, a esa suma de técnicas y conocimientos admitidos por la generalidad... es, posiblemente, a lo que se llama “reglas del arte médico”, que el facultativo debe respetar para no incurrir en responsabilidad civil».

sos de toda clase —técnicos, científicos, morales, sociales, etc.—, sin perjuicio que algunos de sus postulados permanezcan (reglas o principios universales de actuación) cuya aceptación por el colectivo profesional —el médico en nuestro caso— requiere de un consenso que se plasma en diferentes cuerpos de heterogénea denominación (declaraciones, postulados, guías, etc.) viniendo todo ello a reflejar tanto las buenas costumbres (moral profesional, *bona fide*) como los usos profesionales (técnicos o científicos) que se incluyen en tal dilatada expresión<sup>30</sup>. Bajo tal prisma cabe advertir que la previsión recogida en el art. 4.5 LOPS<sup>31</sup>, aunque no se diga explícitamente, alude de modo directo a la *lex* que nos ocupa.

En la esfera penal se ha llegado a admitir su estrecha relación con el *cuidado objetivamente debido* por cuanto actuar de consuno con la *lex artis* —se argumenta— implica observar tal cuidado, más se considera que no al revés («la no sujeción a la *lex artis* no implica necesariamente la inobservancia del cuidado objetivamente debido») ya que las reglas del arte —prosiguen— no son aplicables a «supuestos inesperados, desconocidos o nuevos»<sup>32</sup>.

---

30 Para FERNÁNDEZ COSTALES, J., *La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, pág. 43, «Las reglas de conducta social o ética carecen de la fuerza coactiva que caracteriza a las de Derecho, pero su violación acarrea con frecuencia efectos muy sensibles para quien la comete y en su consecuencia pueden señalarse principios jurídicos que emergen en la vida del Derecho a impulsos de valores o concepciones éticas, como buen padre de familia... etc, lo cual conduce a la ética y moralización de las relaciones contractuales y extracontractuales... las reglas de conducta o de comportamiento profesional, es decir, los deberes médicos que se establecen en los Códigos de Deontología profesional de los médicos... nos sirven de base para valorar la conducta individual del médico a los efectos de determinar la diligencia con la cual ha intervenido en el proceso médico-sanitario, y llevo a la conclusión, de que las Normas de Deontología Profesional así como los Reglamentos de las Instituciones sanitarias y demás directrices sanitarias, constituyen una fuente fundamental, incorporada a nuestro Ordenamiento Jurídico, con un valor decisivo en orden a valorar la conducta del médico en su actuación médico-hospitalaria». Sobre tal extremo GRACIA GUILLÉN —el cual se refiere a la *lex artis* como *lex scientiae*— advierte que «el hecho de que la ciencia médica no pueda aspirar ya al estatuto de cierta o verdadera, sino sólo de verificable, hace que sus conclusiones tengan que estar en continua revisión», lo que explica el frecuente desfase entre la ciencia médica y la jurídica conllevando, además, que la Medicina se halle continuamente definiendo lo que es científicamente correcto; añadiendo que «esa es la función de un género literario conocido con los nombres de Guidelines, Guías clínicas, Protocolos, Conferencias de consenso, etc.», *Jurisprudencia y...*, págs. 56 y 57; autor seguido por ALONSO PÉREZ, M., *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil. (En torno a la "lex artis")*, pág. 39, según el cual «Si es evidente que la *lex artis ad medendum* (el arte de curar) sólo puede emanar de la Medicina, no es válida, en mi criterio, la distinción entre dos niveles de *lex artis* (*lex artis* y *lex artis ad hoc*) que deberían denominarse: *lex scientiae* y *lex artis*».

31 Conforme con la que los profesionales habrán de tener como guía de actuación “*el servicio a la sociedad, el interés y salud del ciudadano a quien se le presta el servicio, el cumplimiento riguroso de las obligaciones deontológicas, determinadas por las propias profesiones conforme a la legislación vigente, y de los criterios de normopraxis o, en su caso, los usos generales propios de su profesión*”, estableciendo su art. 1, no sin cierta deficiencia técnico-legislativa, su ámbito de aplicación al indicar que sus disposiciones “*son aplicables tanto si la profesión se ejerce en los servicios sanitarios públicos como en el ámbito de la sanidad privada*”, para venir luego —p. ej., su Título IV— a referirse tan sólo al ejercicio privado.

32 ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, págs. 69 y 70, concibiendo el deber de cuidado, págs. 64 y 65, como aquella regla impuesta por la norma penal, subyacente en los delitos culposos, que ordena a los ciudadanos que su actuación en la vida social —en cada sector social— se acomode a ciertas pautas con el fin de evitar la puesta en peligro o lesión de los bienes jurídicos; correspondiendo al juez valorar, en cada caso concreto, si se infringe o no tal deber de cuidado (de ahí que los delitos culposos se configuren como “tipos abiertos”). Por su parte, CORCOY BIDASOLO, M., *Imputación «objetiva» en el delito imprudente*, págs. 41 y 42, y también JORGE BARREIRO, A., *Jurisprudencia penal y lex artis médica*, págs. 73 y 74, consideran que el deber objetivo de cuidado (cuidado externo) frecuentemente aparece recogido en reglas generales de carácter técnico que se plasman en leyes, reglamentos, ordenanzas, principios jurisprudenciales, usos y costumbres, identificando el principio de la *lex artis* con las reglas generales de cuidado o reglas técnicas —esto es, reglas de conducta—, concluyendo que «ni la

Tal conclusión nos resulta rechazable dado que cuando un profesional se enfrenta a un caso extraño e inédito lo mínimo que puede verificar inicialmente es, justamente, procurar ajustarse a su *lex artis* y, a partir de ahí, tratar de solventarlo de la mejor manera posible en función, como expresa el art. 1104 CC, de las concretas circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (o, dicho de otro modo, de la *lex artis ad hoc*)<sup>33</sup>, atendiendo a que si bien la observancia de la *lex artis* puede no presentarse como un dato constante e inalterable (mudando, lógicamente, según cada profesión, la modalidad de prestación, el bien o interés en juego y el estado del conocimiento técnico-científico)<sup>34</sup>, tampoco se ha de olvidar que, en líneas generales, la incidencia y relevancia de la misma en las profesiones sanitarias será mayor a la de cualquier otra profesión<sup>35</sup> implicando un estricto sentido de apreciación acerca de si la labor ejecutada por un profesional es o no correcta o se atempera o no a aquello que debe hacerse (obrar diligente), de modo tal que si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de *buen profesional, buen técnico...* y, al fin y al cabo, de una buena (diligente) *praxis* en el ejercicio de una profesión. Así entendida, la *lex artis* se halla compuesta por aquellos usos, costumbres y prácticas profesionales —en constante desarrollo, reiteramos— de obligatoria observancia en toda actividad profesional, viniendo a conformar una general reglamentación perfectamente compatible con el principio de legalidad consagrado en el art. 25 CE y a la que una cláusula general o en blanco (p. ej., el actuar conforme a las exigencias de la *bona fide* dentro del orden profesional) podría, en su caso, reenviar<sup>36</sup>.

---

infracción de una regla técnica general de cuidado determina, *per se*, la infracción del deber objetivo de cuidado, ni el cumplimiento de esa regla excluye la posibilidad de la infracción del deber objetivo de cuidado», asimilando CORCOY, *ibidem*, la *lex artis* con la «experiencia técnica, científica o laboral».

33 Como subrayan LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil, II.*, vol. 1º, pág. 171, en relación con la dualidad de criterios del art. 1104 CC: «Es mérito de BADOSA el haber puesto cumplidamente de manifiesto la heterogeneidad de los criterios ofrecidos por los dos párrafos del artículo, incompatibles en sus propios términos y cada uno de ellos suficiente por separado para regular la cuestión. Mientras que el del párrafo segundo —modelo del “buen padre de familia”— procede del Código francés..., el primero, introducido en el Proyecto de 1888, es transcripción casi exacta del art. 512 del argentino, cuya finalidad de política legislativa era precisamente la abolición del anterior».

34 Así, la LOPS recoge el deber que pesa sobre los profesionales de prestar “una atención sanitaria técnica y profesional adecuada a las necesidades de salud de las personas que atienden, de acuerdo con el estado de desarrollo de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establecen en esta Ley y el resto de normas legales y deontológicas aplicables” (art. 5.1.a).

35 Por todos, GITRAMA, págs. 312 y 313, «la actividad contractual del médico, en cuanto directamente recaente sobre la base somático o psicosomática de la persona humana, no puede compararse a ninguna otra, máxime en nuestros días en que se reconoce el valor sustantivo de esa persona», o GABRIELLI, A., *La r. c. del professionista: Generalità*, pág. 229; mientras que la propia LOPS se viene a auto-justificar por la “...íntima conexión que el ejercicio de las profesiones sanitarias tiene con el derecho a la protección de la salud, con el derecho a la vida y a la integridad física, con el derecho a la intimidad personal y familiar, con el derecho a la dignidad humana y con el derecho al libre desarrollo de la personalidad” (párrafo 7º, apartado I de su preámbulo).

36 Aunque FERNÁNDEZ HIERRO, pág. 203, advierte del peligro que conlleva la *lex artis* como norma en blanco, pudiendo subrayarse que igual puede operar como tal sin perjuicio, además, de actuar como complemento de ésta por cuanto el principio de la *lex artis* se aplica, en general, a las profesiones que precisan de una técnica operativa y plasman, en la práctica, unos resultados empíricos, entre las cuales se hallan, sin duda, la profesión médica, siendo la Medicina —como es sabido— una ciencia experimental o inexacta. A nuestro parecer, incluso cabría considerar también la *lex artis* como norma en blanco dada su inconcreción, su abstracta generalidad, suscitando problemas relativos tanto a la inseguridad jurídica que puede provocar como, en especial, su debida acreditación. Al respecto, valga reseñar que nuestro TC ha señalado que el principio de legalidad del art. 25 CE exige la previa existencia de una norma legal al hecho enjuiciado (prohibiendo cualquier «tentación de *lex ex post facto*»), la cual ha de

**Segunda.**— Como estándar jurídico o arquetipo de conducta (modelo objetivo de diligencia del profesional medio, corolario de la precedente acepción) que sirve para enjuiciar aquellas acciones u omisiones profesionales en orden a determinar una hipotética responsabilidad culposa o, incluso, dolosa del agente<sup>37</sup>, esto es, si las mismas son susceptibles de ser o no calificadas de imprudentes, culpables o dolosas según su inadecuación o aclimatación a ella (extremo de la *lex artis* generalmente aceptado)<sup>38</sup>. En este segundo sentido la *lex* define el modelo del profesional al representar reglas o técnicas específicas de un oficio o arte concretos, acudiéndose a ella para subrayar una determinada pauta de apreciación sobre si el trabajo realizado por el profesional se adecua o no a aquello que se debe

---

gozar del suficiente grado de precisión, inteligibilidad y certeza en la configuración de cada tipo penal (concebido como «descripción estereotipada de conductas punibles»), sin que se puedan admitir las configuraciones difusas por excesivamente genéricas, conteniendo nuestro CP —en referencia al anterior de 1973— dentro de la esfera de los delitos culposos, una gradación descendente que va desde la imprudencia temeraria, agravada en el caso de ser profesional, a la simple con el escalón intermedio de la que, siendo también venial, se comete con infracción de reglamentos. De tal manera, razona, que una querrela podría imputar al facultativo una imprudencia temeraria mientras que en la sentencia puede ser condenado por una modalidad degradada. En esta figura punible, la reglamentación de la actividad en cuyo desarrollo se produce la negligencia pasa a formar parte del tipo, integrándose en él para completarlo y perfilarlo, mediante la técnica de las denominadas «leyes penales en blanco», constituyendo un elemento normativo que hay que situarlo dentro del perímetro del principio de legalidad a que se refiere el referido art. 25 CE, sin perjuicio que, descrito en la demanda el soporte de hecho y el contenido o impacto del agravio sufrido, el órgano judicial competente se pueda mover «con holgura suficiente» merced al principio *iura novit curia*, para no caer en un formalismo propicio de la denegación de justicia. De ahí que no sea siempre admisible una interpretación estricta a la letra del tipo penal, dándose a la palabra *reglamento* una acepción equivalente a producto de la potestad reglamentaria de la Administración, sino que su significado es más amplio y comprende cualquier reglamentación o conjunto de reglas que configuren el ejercicio de una actividad determinada —escritas o no— obra del poder o de los ciudadanos (usos, costumbres prácticas profesionales). En suma, concluye el TC, en tal acervo «tiene su asiento la *lex artis*» a la cual puede reenviar explícitamente el juzgador cuando considere que la imprudencia achacable al facultativo infringe una norma no escrita, pero existente, que «le obligaba a no dar por terminada la operación hasta haberse asegurado de que ningún cuerpo extraño quedaba en el interior del paciente» (así, por todos, FJ 2º de STC de 11-04-1994, Sala 1ª, DE MENDIZÁBAL ALLENDE, desestimatoria del recurso de amparo formulado por un cirujano —con base en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia, ex art. 24 CE— que, acusado de un delito de imprudencia temeraria con resultado de muerte al dejar una gasa en el interior del abdomen de un paciente tras una intervención quirúrgica, y siendo absuelto en primera instancia, fue condenado en la segunda como autor responsable de una falta de simple imprudencia con infracción de reglamentos). No obstante, es oportuno evocar que el actual CP prescinde de la triple y tradicional clasificación de la imprudencia temeraria y simple, con y sin infracción de reglamentos, diferenciando ahora entre imprudencia grave y leve —la cual sólo puede ser constitutiva de falta—; contemplando también la imprudencia profesional (arts. 142, 146, 152 y 158) que determina, además de la pena que al delito corresponda, que se imponga la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo.

37 Señala BADOSA, *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, págs. 37 y 38, que el *dolo* consiste en un comportamiento ilícito del deudor, ilicitud que estriba en su «contradicción» con el deber jurídico de prestación puesto que el *dolo* significa que el deudor «no quiere» cumplirlo; de ahí que la voluntariedad ínsita en el *dolo* le confiera una «gravedad “máxima” respecto de la culpa», lo que se revela en otros datos relevantes, permitiendo calificarlo «de “mala fe” (art. 1107 II...) y determina su presentación “unitaria” en contraste con la “modalización” y “graduabilidad” de la culpa». De ahí, la no impunidad del *dolo*, «La responsabilidad por *dolo* es “necesaria” al no estar sujeta a la autonomía de la voluntad», esto es, no se admite la discrecionalidad del deudor (arts. 1115 o 1256 CC), identificándose en la Ley 1, Tít. 16, Part. 7, con el «propósito de dañar á otro injustamente», ESCRICHE, *ob. cit.*, pág. 135.

38 GABRIELLI, págs. 228 y 229, resalta que «La discrezionalità del professionista coesiste con il principio per cui quest’ultimo deve, nell’esercizio della propria attività, osservare le regole dell’arte o della professione», aún considerando que «Il ricorso alle *regulae artis* — quale parametro di definizione della condotta exigibile dal professionista — non comporta, infatti, una piena standardizzazione della condotta stessa».

hacer<sup>39</sup>. La fundamental referencia a la *pericia* respecto de la figura del *profesional*, como elemento del modelo que viene a integrar, denota que entre ambos conceptos concurre una conexión paralela a la existente entre la diligencia y el *pater familias*<sup>40</sup>. Así, como parámetro objetivo de precaución o patrón de conducta diligente a observar, se llega a concebir la *lex artis* como «modelo de cumplimiento ordinario y regular en contraposición a la impericia o incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión o arte de que se trate, expresiones que incluyen dentro del ámbito en el que este recurso se mueve, el diagnóstico médico gravemente equivocado, la omisión de determinadas cautelas facultativas o la defectuosa ejecución de un acto de naturaleza médica»<sup>41</sup>.

Convenimos en resaltar en que la *lex* se vincula entonces, como modelo de cumplimiento ordinario y regular, con el principio de la *bona fide* y el actuar diligente trasladado a la esfera profesional en el sentido que se desprende del propio art. 7.1 CC (concepción objetiva de la buena fe o «criterio de valoración del hacer jurídico que opera como criterio de interpretación y de integración») <sup>42</sup>. En definitiva, conforme con esta segunda lectura, la *lex artis* se debe concebir como estándar o pauta del comportamiento moral (de acuerdo con la buena fe) y profesional (diligencia) a observar, modelo de precaución o, como se ha llegado a definir para la actividad médica, con el «conjunto de contenidos de carácter ético y técnico científico que son de aplicación necesaria en el desempeño de dicha actividad»<sup>43</sup>.

Pues bien, a esta doble noción de la *lex* analizada que sostenemos se refiere, de manera expresa, el art. 4 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de 04-04-1997<sup>44</sup>, el

---

39 MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., *La responsabilidad civil profesional*, pág. 17, pudiendo también equipararse a lo que KOCH, B. A., *La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la "responsabilidad objetiva"*, pág. 8, denomina «estándar objetivo de precaución» como elemento que reemplaza a la culpa como requisito de imputación de responsabilidad en el caso de que el grado de peligrosidad de una situación aumente, indicando que «Cuanto más peligrosa es una situación, más deberes de cuidado deben adoptarse para prevenir el daño, deberes que están concebidos para evaluar el comportamiento de todos los intervinientes».

40 Para BADOSA, *La...*, pág. 122, nota núm. 42, históricamente «la noción de pericia no se diferencia de la diligencia, sino que es esta misma en cuanto se configura en base al modelo de experto»; viniendo a subrayar, pág. 123, que la pericia es el «esquema de conducta que sólo puede ser integrado por un modelo que presupone una determinada habilidad técnica. Es la diligencia del experto», lo cual se refleja en la esfera penal cuando se diferencian criterios generales —hombre medio— e individuales —poder individual del autor— de determinación de los deberes de cuidado, JORGE BARREIRO, *Jurisprudencia...*, pág. 73.

41 STS de 05-05-1989, Sala 2ª, RUIZ VADILLO, FJ 2º, resolución por la que se condena a un cirujano, en funciones de guardia, como autor de una falta previa intervención a un menor de edad de un síndrome de rötula alta bilateral con resultado de parálisis de la pierna para el operado, siendo absuelto del delito de imprudencia profesional.

42 ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, pág. 448; aunque estima, pág. 456 —al analizar la buena fe a que se refiere el art. 1258 CC—, que no es posible «desprenderse en su aplicación concreta de ciertos matices subjetivos que derivan de la ignorancia o la creencia de que no se está lesionando el interés ajeno».

43 GITRAMA, pág. 308, cuando subraya que el contrato de servicios médicos «implica para el médico el compromiso de suministrar cuidados concienzudos, atentos, prudentes, conformes con los datos de la ciencia... debe observar cumplidamente ante todo los deberes de conciencia (a que también le obliga el art. 1258 del Código Civil)»; también OROZCO, pág. 511. A modo de muestra, el art. 2.3 de la mentada Directiva 2005/28/CE de la Comisión, de 08-04-2005, dispone que los ensayos clínicos «en todos sus aspectos, deberán ser seguros desde el punto de vista científico y deberán regirse por principios éticos».

44 También conocido como Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina, Convenio de Bioética del Consejo de Europa o, más sucintamente, Convenio de Oviedo, vigente desde el 01-12-1999 y exacta-

cual (titulado “Obligaciones profesionales y normas de conducta”)<sup>45</sup> constituye una disposición en blanco que remite a la *lex artis* y, por consiguiente, no sorprende que del mismo se insinúe que, momentáneamente, no resulta posible determinar con exactitud su auténtico alcance, sin perjuicio de reconocer que el principio es, por lo general, aceptado, toda vez que tanto en Derecho civil como en el penal los profesionales médicos se obligan a actuar de manera perita y diligente<sup>46</sup> y mediante el llamado Derecho médico disciplinario «se establecen en sentido concordante una serie de deberes profesionales»; observándose también que, merced a dicha previsión, emerge un texto vinculante del Convenio con apariencia tanto jurídica como ético-médica de modo que si las normas jurídicas encuentran —aún sólo en parte— desarrollo en tal Convención, las ético-médicas, no obstante, en la medida que no vengán a coincidir con aquéllas no se encuentran plasmadas de antemano. Según el Informe Explicativo del referido Convenio «puede tratarse aquí tanto de reglas escritas como no escritas», no dejándose tampoco de señalar ciertos inconvenientes relativos a la escasa seguridad jurídica que ello puede propiciar, las diferencias existentes en los diversos Estados miembros en cuanto al modo de incorporar los esenciales principios de la *praxis* médica y, por último, al hecho de que la «competencia asignada a las organizaciones médicas y de investigadores para prescribir líneas directrices y reglas de conducta no siempre están legitimadas democráticamente»<sup>47</sup>.

---

mente para nuestro país desde el 01-01-2000, llegándose a concebir como «la Declaración de Derechos Humanos de la medicina»; aunque —como dice NYS, H., *La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones*, pág. 86— en su redacción final «no es en realidad un documento bioético en sentido estricto, sino una convención (jurídica) internacional, mediante la cual se procura alcanzar principios y puntos de partida comunes, más que plantear discrepancias en cuanto a las concepciones», a lo que sería dable objetar el difícil escollo que supone lograr tal consenso cuando cohabitan *de facto* entre los distintos estados diversas y heterogéneas posturas sobre materias capitales como, p. ej., la tutela dispensada a los *nascituri*, la significación misma que se debe dar a la dignidad, el empleo o no de embriones para investigación, etc.

45 “*Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso*”.

46 Como dilucida la meritoria y reciente SAP de La Rioja de 20-02-2004, Sección 1ª, MOTA BELLO, FJ 4º *in fine* (que absuelve en apelación a uno de los cirujanos condenados en como autor de un delito de lesiones por imprudencia del art. 152 CP), si aceptamos que «el tratamiento médico-quirúrgico consiste en una serie de prescripciones o de intervenciones de un facultativo o facultativos a las que se somete el sujeto y que afectan o pueden afectar a su salud e integridad corporal será necesario determinar y acreditar plenamente la incuria-negligencia en que haya incurrido el médico, causante de las lesiones, tanto en el ámbito penal como en el ámbito civil».

47 Vid. NYS, págs. 78 y 79, con cita, respectivamente, del Informe explicativo núm. 31 del Convenio —según el cual «las mismas obligaciones médicas pueden variar levemente de una sociedad a otra. Sin embargo, los principios fundamentales de la práctica médica se aplican en todas las naciones»— y de HENDRIKS (*Bio-ethiek Conventie*, 1995); aunque tampoco ello deje de presentar ventajas dado que «sin que resultare necesario la modificación de la Convención, sus normas resultarían aplicables de manera más flexible frente a nuevos desarrollos. Los estándares profesionales se adecúan generalmente con mayor celeridad a las nuevas situaciones que la legislación nacional o supranacional». A ello habría que unir también el dato referido a que el art. 36.1 de la propia Convención permite a los estados miembros “formular, en el momento de la firma... o del depósito del instrumento... una reserva con respecto a una disposición particular del Convenio, en la medida en que una Ley vigente en su territorio no sea conforme a dicha disposición. Las reservas de carácter general no se autorizan...”, acogiéndose el mencionado término ley —*law*— en su más amplia extensión, «no solamente una ley en sentido formal sino también las reglas deontológicas promulgadas por organizaciones profesionales reconocidas, y que resulten aplicables a sus miembros, y en la medida en que éstas no resulten en colisión con las reglas jurídicas. Esta ley en sentido amplio y así explicitado puede ser por lo tanto invocada como reserva en el sentido del art. 36.1», NYS, pág. 81 y nota núm. 42, aludiendo al Informe explicativo núm. 174, lamentando HENDRIKS el empleo del término *law* en tan vasto sentido, «mucho más amplio que lo admitido por la Corte Europea de Derechos Humanos en su interpretación habitual».

En su vertiente de *tipo* empleado para medir el diligente obrar del profesional hemos de reseñar que, obviamente, en escasas ocasiones resulta practicable un ejercicio homogéneo del *ars* médico (al diferir los requisitos generales de actuación según el lugar y las variables situaciones y circunstancias ante las cuales nos hallemos en cada supuesto específico)<sup>48</sup>, precisándose concretar y adecuar los medios y condiciones de que se dispongan en cada caso para su conveniente apreciación<sup>49</sup>; tarea que se trata de llevar a cabo mediante la traslación y subsiguiente atemperación de la *lex artis* a un determinado supuesto —*lex artis ad hoc*—<sup>50</sup> en orden a evaluar la actuación del facultativo (profesional) en el específico caso en que esta se desarrolle o, lo que es igual, «en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inesperables en el normal actuar profesional»<sup>51</sup>; lo que implica en última instancia —como anticipábamos— extrapolar también a la esfera médica la previsión contenida en el primer inciso del art. 1104 CC.

Tal concepción de la *lex artis ad hoc* ha sido acogida por nuestra Sala 1ª en otras muchas resoluciones<sup>52</sup>, sin embargo, fue la STS de 11-03-1991, Sala 1ª, MARTÍNEZ-CALCERRADA, la que vino a ampliar su alcance recogiendo (FJ 3º) lo que habría de ser entendido por *lex artis ad hoc*<sup>53</sup>, definición que aparece caracterizada —según la propia resolución— por los rasgos siguientes: 1º) Como tal *lex* supone una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que miden el concreto comportamiento; 2º) Su objetivo no es otro que valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, esto es, que la actuación médica enjuiciada sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3º) La técnica; dado que los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través

---

48 En otros términos, es obvio que los aparatos y tecnologías de que pueda disponer un determinado centro clínico u hospitalario, público o privado, pueden faltar en otro; que no se pueden enjuiciar igual los cuidados médicos recibidos contando con un completo equipo e instrumental que aquellos dispensados careciendo de estos últimos; en suma, que no cabe valorar de modo uniforme el objeto —o prestación de los servicios a que se obliga el facultativo— del llamado *contrato de servicios médicos (Dienstvertrag)* en la totalidad de supuestos.

49 Como subraya ROCA JUAN al prologar la obra de ATAZ, págs. 12 y 13, la génesis de la responsabilidad se halla «posiblemente en la omisión de la diligencia inexcusable con la que el médico debe cumplir sus obligaciones de atención al enfermo, teniendo en cuenta el medio y las condiciones en que presta su asistencia en cada caso», esto es, atendiendo al supuesto concreto (*lex artis ad hoc*).

50 GRACIA GUILLÉN, *Jurisprudencia...*, pág. 57, alude a un segundo sentido de la expresión que nos ocupa —al que denomina «medisprudencia»-: «A la vista de las circunstancias, el médico tiene que tomar decisiones que pueden resultar discutibles, pero que deberán ser aceptadas siempre que sean prudentes... El médico es de algún modo como el juez. Por eso su actuación tiene un sentido medisprudencial».

51 FD 4º, *in fine*, de STS de 07-02-1990, Sala 1ª, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, definición que, como confiesa JORGE BARREIRO, *Jurisprudencia...*, pág. 72, es debida a MARTÍNEZ-CALCERRADA.

52 Como mera muestra SSTS de 29-06-1990, BARCALA TRILLO-FIGUEROA, FJ 4º; de 23-03-1993, GONZÁLEZ POVEDA, FJ 2º; STS de 25-04-1994, ALBÁCAR LÓPEZ, FJ 3º; de 31-07-1996, BURGOS Y PÉREZ DE ANDRADE, 2º FD, etc.

53 En concreto, «aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina —ciencia o arte médica— que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria—, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado)».

de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad (por cuanto el autor o afectado por la *lex* es un profesional de la medicina); 4º) El objeto sobre el cual recae (clase de acto o intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución) y, por último, 5º) Concreción de cada acto médico o presupuesto *ad hoc*, siendo quizás este carácter el que mejor individualiza a esta *lex* puesto que, así como en toda profesión rige una *lex artis* que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa *lex* (aunque contenga un sentido genérico) responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en una u otra dirección los factores anteriormente mencionados (de ahí que se haya apuntado que para cada acto una *lex*)<sup>54</sup>. El mismo art. 18.1 del CED de 1999 (rubricado “Calidad de la atención médica”) se refiere a la *lex artis ad hoc* como compromiso del facultativo<sup>55</sup> (como verifica el referido art. 5.1.a LOPS), es decir, el galeno queda comprometido a utilizar los recursos médicos conforme a la *lex artis* en general y, particularmente, a la *lex artis ad hoc* —de acuerdo con las “posibilidades a su alcance”—.

Respecto de este módulo o estándar jurídico que simboliza tal *lex* cabe evidenciar que la misma derivaría asimismo del concepto de *buen profesional*, *buen artesano* e, incluso, el de *buen técnico* o *buen científico*, lo que equivale a trasladar a la esfera profesional aquél otro de *buen padre de familia* a que alude el CC<sup>56</sup> pero matizado por una mayor exigencia (actuación conforme al estado actual de la ciencia, arte y profesión), lo cual conlleva asumir una superior diligencia proveniente de su preparación técnica y profesional no pudiéndose, por ello, ceñir a la relativa al del *buen pater familias* sin más, sino que en su conducta habrá de observar la renombrada *lex*<sup>57</sup>. Bajo este prisma concibe FERNÁNDEZ HIERRO la *lex artis* como

---

54 P. ej., SAP de Zamora de 27-06-1996, LIZ ESTEVEZ (FJ 2º): «Se aplica el principio de la *lex artis* a las profesiones que precian de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. Entre ellas destaca, por supuesto, la profesión médica, toda vez que la medicina es concebida como una ciencia experimental. La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en la actividad médica ha generado *eo ipso* una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha hablado de que “para cada acto, una ley”. Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablan de *lex artis ad hoc* como módulo rector o principio director de la actividad médica. A este respecto, se ha definido la *lex artis ad hoc* como el criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del acto, y en su caso, de la influencia de otros factores endógenos estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. Este concepto ha sido acogido en diferentes sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo».

55 “*Todos los pacientes tienen derecho a una atención médica de calidad humana y científica. El médico tiene la responsabilidad de prestarla, cualquiera que sea la modalidad de su práctica profesional y se compromete a emplear los recursos de la ciencia médica de manera adecuada a su paciente, según el arte médico, los conocimientos científicos vigentes y las posibilidades a su alcance...*”.

56 Cumpliendo, pues, la propia función que la buena fe en su sentido objetivo cuando se conceptúa ésta como «verdadero “standard” jurídico, un modelo de conducta al que ordinariamente ajusta la suya el “buen padre de familia”, el “buen labrador”, el “buen comerciante”, el “hombre bueno”, y en tal sentido no es una mera cualidad de la voluntad», ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios...*, pág. 453.

57 Como indican LACRUZ y otros, pág. 172, el inciso 2º del 1104 CC deja abierta «la posibilidad de que la obligación exprese otro modelo (pericia profesional, *quam suis*)», recogiendo el modelo tradicional francés del *buen padre de familia* como referencia objetiva «a un modelo externo y abstracto que prescinde de las aptitudes concretas del sujeto y de su buena o mala voluntad de cumplir». En este sentido, también la S. del Alto Tribunal italiano de 19-05-1999 declara que «La responsabilità del medico in ordine al danno subito dal paziente presuppone la violazione dei doveri inerenti allo svolgimento della professione, tra cui il dovere di diligenza da valutarsi in riferimento alla natura della specifica attività esercitata; tale diligenza non è quella del buon padre di famiglia

«algo parecido a la elección del buen profesional como parámetro ideal —que no real— de conducta»<sup>58</sup>, manteniéndose que ya no es suficiente con la diligencia perteneciente al buen *pater familias*, sino que se necesita la *diligentia diligentissimi*<sup>59</sup>, esto es, con respecto a los profesionales médicos se interesa un nivel de diligencia superior en razón de la naturaleza de los intereses implicados en el ejercicio de la profesión<sup>60</sup> y la presunción de su aptitud (titulación) habiéndose, incluso, declarado que la misma se halla por encima de normas y disposiciones reglamentarias, las cuales no suponen sino un *minimum*<sup>61</sup>. Valga traer a colación la

---

ma quelle del debitore qualificato ai sensi dell'art 1176, comma 2°, cod. civ. che comporta il rispetto degli accorgimenti e delle regole tecniche obiettivamente connesse all'esercizio della professione», resolución recogida y analizada por PARODI, C., *Responsabilità civile/danni civili*, pág. 226, (Cass. Civ. III, sez. 19.5.1999, n. 4852) — también pág. 230 —. Al respecto se ha destacado la elasticidad del concepto del *buen padre de familia* afirmándose que hay tantos tipos de él, de hombres diligentes, «cuantos sean las condiciones sociales y las industrias y profesiones de los hombres, y para cada hombre la diligencia debida quiere ser apreciada según el tipo a él apropiado», BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P., *El buen padre de familia*, pág. 78, con cita de BARASSI y GABBA. También TRIGO REPRESAS, F. A., *Reparación de daños por mala praxis médica*, págs. 132 y 133, cuando estima que en orden a apreciar la culpa profesional se debe recurrir «no al arquetipo del *bonus pater familiae* u hombre común prudente y diligente, sino al del “buen profesional” de la especialidad», siguiendo a MAZEAUD, TUNC, PLANIOL y otros.

58 Pág. 203, citando a TUNC nos dice que el *buen profesional* jamás comete un error, añadiendo que ello «choca frontalmente con las más palmarias realidades de la vida cotidiana».

59 LLAMAS, *Responsabilidad médica, culpa...*, pág. 303, subrayando la «insuficiencia, a efectos de diligencia, del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que contemplan la obligación de tomar medidas de previsión y evitación de los daños»; decantándose el propio autor, con motivo de la ponencia ofrecida el 28-06-2002 en la Sala de Juntas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante, por identificar —en cuanto al médico se refiere— la expresión *diligencia exigible* con *lex artis*, la cual define como el conjunto de deberes que integran la actividad prestacional del médico desde el punto de vista obligacional. Como dice ALONSO, pág. 37, «al médico, en el ejercicio de su *auctoritas artis*, hay que exigirle un grado elevado de responsabilidad... La *diligentia diligentissimi* debe configurar el ejercicio del arte médico, si tenemos en cuenta los valores cardinales a los que atiende la Medicina». En esta dirección ya escribió con anterioridad YZQUIERDO TOLSADA, M., *La responsabilidad civil del profesional liberal*, pág. 277, que el criterio del «*bonus paterfamilias* va siendo sustituido por expresiones diferentes, al experimentarse la necesidad de una diligencia más extensa... El criterio de cumplimiento ya no va a ser el hombre medio diligente, sino un modelo técnico o profesional en consonancia con la propia naturaleza de la prestación debida, y con arreglo al nivel actual de la ciencia y del saber». En similar dirección, los arts. 902 (que establece una mayor responsabilidad “*cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas*”) y 909 (en los contratos que implican “*una confianza especial entre las partes*” el grado de responsabilidad se se estima “*por la condición especial de los agentes*”) del CC argentino y, para el marco penal, la mentada SAP de La Rioja de 20-02-2004, FD 4º, caracteriza la imprudencia profesional por «la inobservancia de las reglas de actuación que vienen marcadas por lo que se conoce en términos jurídicos como *Lex Artis*, lo que conlleva un plus de antijuricidad que explica la elevación penológica. El profesional que se aparta de estas normas específicas que le obligan a un especial cuidado merece un mayor reproche en forma de sanción punitiva. Al profesional se le debe exigir un plus de atención y cuidado en la observancia de las reglas de su arte, que no es exigible al que no es profesional. La imprudencia profesional aparece claramente definida en aquellos casos en que se han omitido los conocimientos específicos que solo tiene el sujeto por su especial formación, de tal manera que los particulares no tienen este deber especial porque carecen de los debidos conocimientos para actuar en el ámbito de los profesionales (T.S 2º S 8 May. 1997)».

60 O sea, la tutela de la vida, integridad y, correlativamente, salud del sujeto, GABRIELLI, págs. 218 y 219; no compartiendo el criterio de identificar el modelo del buen padre de familia con el de buen médico, buen arquitecto o buen juez, tal y como verifica, p. ej., RUIZ VADILLO, *La responsabilidad...*, pág. 89.

61 Así, SAP de Zaragoza de 12-04-1996, Sección 1ª, PÉREZ LEGASA (FD 4º), «El médico tiene en todo momento que sujetarse a la *lex artis ad hoc*, es decir, “el criterio valorativo de un concreto acto médico ejecutado por un profesional de la medicina”, que está incluso por encima de normas y reglamentos, que marcan unos mínimos», postura secundada en el ámbito médico por GRACIA GUILLÉN, *Ética...*, págs. 50, 51 y 53, y sus seguidores (entre otros, MORLANS MOLINA, M., *Moral, deontología y bioética médicas*, pág. 16, «El ejercicio

STS de 27-05-2003, Sala 1ª, VILLAGÓMEZ RODIL, FD 1º, que aprecia infracción de la *lex artis (ad hoc)* expresando que «la actividad de diagnosticar, como la efectiva de sanar, han de prestarse con la aportación profesional más completa y entrega decidida, sin regateo de medios ni esfuerzos.... dado que la importancia de la salud humana así lo requiere y también lo impone, por lo que se incurre en responsabilidad, tanto contractual del artículo 1101, como extracontractual del 1902» (aludiéndose a la corriente doctrinal conocida como *unidad de culpa civil*)<sup>62</sup>.

A la luz de los dos aspectos enunciados de la *lex artis*, aceptamos identificar la misma con aquél conjunto de contenidos de naturaleza ética, jurídica y técnico-científica cuya observancia resulta exigible en el ejercicio de la actividad<sup>63</sup> y que aparece caracterizado por su variabilidad en atención a su lógica y necesaria acomodación al desarrollo de la ética, la ciencia y la técnica de la profesión —en constante evolución— a que se refiera<sup>64</sup>.

## II.2. Cometidos que desarrolla la *lex artis*

A tenor de lo descrito más arriba, podemos tratar de aglutinar las funciones que lleva a cabo la *lex artis* en cinco, que son:

1º. — Actúa como modelo al cual se recurre para apreciar la impericia o negligencia en el ejercicio profesional —extremo ya apuntado—.

---

profesional se mueve, pues, entre unas obligaciones de mínimos, que vienen impuestas y unas obligaciones de máximos que son libremente asumidas. Las obligaciones de mínimos son de ámbito público y de obligado cumplimiento para todos... Pero ya hemos dicho que el médico aspira a más»; NOVOA JURADO, A., *Ética médica*, págs. 38 y 39, «El profesional, por tanto, debe aspirar a la excelencia técnica como a la moral... Las leyes exigen un mínimo imprescindible que, en el caso del profesional de la medicina, resulta insuficiente para ejercerla como exige el servicio que ha de prestarse a la sociedad», o GÓMEZ RUBÍ, J. A., *Medicina y sociedad. Las razones de la bio-ética actual*, pág. 8 y 9).

62 Sobre tal *unidad* vid., p. ej., STS de 18-06-1998, Sala 1ª, FERNÁNDEZ-CID DE TEMES, FD 2º, con cita de otras; asimismo O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica*, págs. 7 y 8, sosteniendo que la responsabilidad contractual y extracontractual médica responde a «los mismos principios y a la misma realidad», poniendo como muestra el supuesto de un paciente que acude a un facultativo de la Seguridad Social «por la mañana, que le ordena un tratamiento y por la tarde acude a un médico de pago (medicina privada) el cual le receta el mismo tratamiento y el enfermo muere por tratarse de un tratamiento negligentemente previsto, ¿acaso la viuda deberá reclamar frente a ambos, bajo principios y normativa distintos?», para agregar que nuestra jurisprudencia mantiene una «unidad de principios, yuxtaposición de acciones, criticada dogmáticamente y aceptada pragmáticamente». Recientemente GALÁN, págs. 156 y ss., expresando el criterio contrario de YZQUIERDO.

63 En esta dirección OROZCO, pág. 511; contrario y partidario de una concepción mucho más restringida se muestra, p. ej., LÜTTGER, *Medicina y Derecho Penal*, pág. 135, que sólo distingue en el seno de la *lex artis* dos conjuntos de reglas, aquellas «que gozan de un "reconocimiento general" y las que todavía no lo han alcanzado. En esta última categoría se encuentran tanto las reglas sobre las que no hay unidad de pareceres en los círculos especializados, como aquellas que se basan en nuevos conocimientos y experiencias y que, por lo tanto, no han ingresado aún en la discusión científica», pero como reconoce el propio autor, «En la distinción de estas dos categorías en reglas que gozan de reconocimiento general y otras que no, se conecta una serie de consecuencias problemáticas en lo terminológico y dogmático que aquí no es imprescindible tratarlas».

64 Sobrando, de otra parte, insistir en que tal *lex artis* no es exclusiva de la esfera médica o sanitaria; así, la jurisprudencia alude a la *lex artis* en distintas ocasiones para enjuiciar la concreta conducta de un arquitecto, un abogado, incluso la de un conductor *profesional* de vehículo a motor, etc.

Así, en la esfera penal se ha discriminado entre la *culpa profesional* de la llamada *culpa del profesional*<sup>65</sup>, caracterizándose la primera, entre otros extremos, por la vulneración de la aludida *lex* (acarreado una agravación, un plus de antijuridicidad) abarcando tanto la impericia (ausencia de los conocimientos necesarios para el ejercicio de la profesión) como la negligencia estrictamente profesional (se poseen tales conocimientos, pero por falta de atención o cuidado no se actualizan o aplican)<sup>66</sup>. En cambio la segunda especie culposa (la *del profesional*) comprendería la imprudencia o negligencia comunes definidas por su exclusión respecto de las anteriores, llegándose a defender que nos encontrábamos ante *culpa profesional* cuando el resultado —al que debe ir conectado por una relación causal inexcusable—<sup>67</sup> obedece a un acto profesional que sea en sí mismo imperito o negligente dentro de la estructura de la actividad que en cada caso corresponda, esto es, a una actuación incompatible con la profesión por grave vulneración de las reglas que aglutina la *lex artis*. Por ello, bajo la vigencia del anterior CP se podía distinguir, de una parte, la *culpa del profesional* en el ejercicio normal de su actividad y, de otra, la *culpa profesional* referida a una imprudencia, ineptitud o ignorancia de las reglas de la profesión —*ars*— bien porque tales conocimientos no se poseen o, poseyéndose, no se actualizan, bien porque la actuación choca frontalmente con un actuar adecuado a la actividad de que se trate. Así las cosas, la culpa o imprudencia *profesional* —a secas— implica un actuar incompatible con el normal ejercicio de la concreta actividad profesional en función de la impericia, ignorancia o inadecuación con las reglas

---

65 Diferenciación atribuida a una STS de la Sala de lo Penal, de 22-10-1958 (siendo ponente QUINTANO) corroborada por otra de 30-09-1959, a raíz de la cual «empezó a cuajarse la ya clásica distinción», JORGE BARREIRO, *La imprudencia profesional*, págs. 253 y 254, siendo tal separación muy criticada por parte de la doctrina, entre otros, por COBOS GÓMEZ DE LINARES.

66 Si bien RIZ, pág. 1, apunta que, en sustancia, el médico incurre en imprudencia o negligencia cuando infringe aquellas cautelas de la común experiencia, mientras que incurre en impericia cuando viola los dictámenes de la ciencia médica. Por su parte, al graduar los niveles de las faltas médicas, GISBERT CALABUIG, J. A., y GISBERT GRIFO, M. S., *Responsabilidad médica*, pág. 91, deslindan la falta leve —«que puede cometer cualquier médico»—, la grave —siendo sus causas la imprudencia y la impericia, resultando de «la inatención, imprevisión o inobservancia de las reglas fundamentales del arte médico»— y, finalmente, la gravísima identificada, en expresión de LACASSAGNE, con una «falta grosera... graves errores que se cometen como consecuencia de carecer de los conocimientos fundamentales que de la medicina debe poseer todo médico. Constituye la ignorancia *inexcusable* de los juristas».

67 Así, la reciente STS de 27-03-2004, Sala 1ª, GARCÍA VARELA, FJ 4º, no advierte trasgresión del art. 1902 CC «...pues la inevitabilidad e imprevisibilidad de dicha complicación cardiovascular y lo fulminante de sus efectos, cualquiera que fueran las precauciones adoptadas, impide calificar la conducta del Dr... como contraria la "*lex artis ad hoc*" y rompe el nexo de causalidad culposa que necesariamente ha de existir entre el daño y la acción u omisión negligente... porque esta Sala ha sentado que se basa en la doctrina jurisprudencial de la causalidad adecuada o suficiente para determinar la existencia de relación o enlace entre la acción u omisión —causa— y el daño o perjuicio resultante —efecto—, pero siempre termina afirmando que opta decididamente por soluciones o criterios que le permitan valorar en cada caso si el acto antecedente que se presente como causa tiene virtualidad suficiente para que del mismo se derive, como consecuencia necesaria, el efecto dañoso producido, y que la determinación del nexo causal debe inspirarse en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señale en cada caso como índice de responsabilidad, dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal, pues, como se viene repitiendo con reiteración, si bien el artículo 1902 descansa en un principio básico culpabilista, no es permitido desconocer que la diligencia requerida comprende no sólo las prevenciones y cuidados reglamentarios, sino además todo lo que la prudencia imponga para prevenir el evento dañoso (por todas, SSTS de 3 de julio de 1998); y también que es causa eficiente para producir el resultado aquella que, aun concurriendo con otras, prepare, condicione o complete la acción de la causa última (entre otras, SSTS de 27 de enero de 1993 y 29 de diciembre de 2000)».

profesionales correspondientes<sup>68</sup> y, en particular, que en el caso específico de que se trate no se ha actuado conforme era esperable y exigible de su profesionalidad<sup>69</sup>. No obstante, a raíz de la entrada en vigor del vigente CP se volvió a suscitar la conveniencia o no de mantener tal duplicidad culposa —*del profesional vs. profesional*— atendiendo tanto a la dificultad práctica que entraña la misma (dado que tan peligrosa puede ser la negligencia del experto como la impericia del iniciado), como a su dudosa justificación desde el punto de vista político-criminal, máxime cuando en sede de “Delitos contra las personas”<sup>70</sup> la redacción del art. 142.3 CP se refiere únicamente a “*cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional*” (no a “*cuando se produjere la muerte o lesiones...a consecuencia de impericia o de negligencia profesional*”, como se recogía en el párrafo 2º del art. 565 CP anterior), no distinguiéndose ahora tales términos<sup>71</sup>.

En el ámbito civil la impericia ha sido definida por BADOSA, «en su sentido más comprensivo, como la ignorancia por el deudor de unas determinadas reglas técnicas, que da lugar a la infracción del modelo de conducta profesional (pericia en sentido objetivo) asumido como debido para la obligación de la que es titular», constituyendo su sede las obligaciones nacidas del contrato y diferenciándose dos acepciones de impericia: la subjetiva como ignorancia inexcusable del deudor, y la objetiva como infracción del modelo profesional<sup>72</sup>. Paralelamente ATAZ alude, aún de forma mediata, a dicha caracterización de la *lex artis* cuando define al médico imperito como «aquél que no posea la suma de conocimientos y experiencias que en un determinado momento configuran el arte médico, y a los que se ha dado en llamar “reglas

---

68 STS de 27-05-1988, Sala 2ª, RUIZ VADILLO, FD 4º, con cita de otras muchas; sosteniéndose en STS de 14-12-1978, Sala de lo Penal, DÍAZ PALOS, FJ 3º, que «si hay algún caso claro de culpa profesional, referida a un específico oficio, es el presente, puesto que además de la imprudencia común, en su versión cuantitativa de grave o temeraria, hubo cualitativamente, aquella típica vulneración que, en la impericia profesional es la “*lex artis*” y en la negligencia profesional la infracción del especial deber, que configura la profesión del Ayudante técnico sanitario con título de Practicante; razones que llevan a estimar el recurso, del Ministerio Fiscal, a casar la sentencia de Instancia y a dictar otra que, apreciando expresamente la agravante de negligencia profesional del párrafo quinto del artículo 565 del Código Penal, imponga la consecuencia punible prevista para tal modalidad de culpa».

69 En términos similares JORGE BARREIRO, *La imprudencia...*, págs. 253 a 257, o MARTÍNEZ-PEREDA, *La responsabilidad...*, págs. 62 y 63, citando a DÍAZ PALOS y RODRÍGUEZ DEVESA, entendiendo este último como sinónimos los términos *impericia* y *negligencia profesional*; etc.

70 Rúbrica mantenida en los anteriores CP desde 1822 —a excepción de los de 1928 y 1932— que ha venido a sustituirse en el actual CP por la “Del homicidio y sus formas”.

71 De ahí que se haya expresado que «la imprudencia profesional sólo supone “un plus de antijuricidad consecutivo a la infracción de la *lex artis* y de las precauciones y cautelas más elementales, imperdonables e indisciplinables a personas que, perteneciendo a una actividad profesional, deben tener unos conocimientos propios de una actividad profesional”. Quiere esto decir que la imprudencia profesional —sobre la base naturalmente de que la misma sea grave porque si no lo fuese desaparecería la misma entidad del delito— no debe sugerir una diferencia cualitativa sino sólo cuantitativa con respecto a la imprudencia que podemos llamar común, pues lo que la misma representa es un mayor contenido de injusto y un más intenso reproche social en tanto la capacitación oficial para determinadas actividades sitúa al profesional en condiciones de crear riesgos especialmente sensibles para determinados bienes jurídicos y proyecta consiguientemente sobre ellos normas sociales de cuidado particularmente exigentes», STS de 23-10-2001, Sala 2ª, JIMÉNEZ VILLAREJO, FJ 7º, con mención de otras. Ello no empece para que se siga acudiendo a la discriminación aludida a fin de fijar los términos de los debates, así, p. ej., FJ 1º, párrafo 2º, SAP de Murcia de 01-03-2000, Sección 4ª, JOVER COY.

72 *La diligencia...*, págs. 802 y 803, de manera que la impericia subjetiva es fundamento de responsabilidad por los daños que resultan de la objetiva, siendo esta última la causa material de los daños.

del arte”»<sup>73</sup>, concibiendo la impericia como una especie de *culpa lata*, esto es, una culpa inexcusable o «un no saber lo que se debe saber, imperdonable en un profesional» (impericia subjetiva o ignorancia), ya que por el mero hecho de comprometerse el médico a la realización de un acto concreto (inserto, en su caso, en el marco de su especialidad) recae sobre él una presunción de pericia tal que si la desvirtúa defrauda, lógicamente, la confianza depositada vulnerando a todas luces, en nuestra opinión, el principio de buena fe del deudor (enfermo) al observar una conducta susceptible de calificarse de desleal, de lo que derivará también responsabilidad por la no sujeción al modelo de conducta jurídicamente exigible (en nuestro caso al del *buen médico*, al incurrir en impericia objetiva)<sup>74</sup>. En suma, de lo dicho se desprende que la *lex artis* bien puede concebirse como elemento normativo de la imprudencia/negligencia en el obrar profesional que permite valorar *cuándo* una conducta es calificable de imperita<sup>75</sup> al actuar a modo de patrón objetivo de la actuación médica que viene definido, entre otros elementos, por la titulación profesional, la especialidad y práctica, así como por el grado evolutivo de la ciencia médica en la cuestión de que se trate<sup>76</sup>. En esta dirección, además de la

---

73 Págs. 279 y 280, señalando que en la esfera de la responsabilidad criminal, pág. 282, la impericia profesional supone una agravante y siempre es constitutiva de incumplimiento. Alude RUIZ VADILLO, págs. 67 y 68, a la progresiva aproximación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual «al responder a un principio común de derecho y a la misma finalidad reparadora», a cuyo lado hay que situar la responsabilidad penal cuya distinción «de la civil es clara, teóricamente, no en la práctica».

74 Esta postura viene a coincidir, en esencia, con la mantenida por la jurisprudencia penal, así, p. ej., en STS de 26-06-1980, Sala de lo Penal, LATOUR BROTONS se declara «Que el otorgamiento de un título profesional de acuerdo con la normativa docente y académica, crea, indudablemente, una presunción de competencia que encuentra su fase negativa en la impericia, entendiéndose por tal la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, y esa impericia tanto puede encontrar su fundamento causal en la ignorancia o en la defectuosa ejecución del acto requerido por la “*lex artis*”, pudiendo así distinguirse entre la culpa del profesional que al fin y al cabo no es más que la imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte u oficio y la culpa propiamente profesional, que descansa en la impericia» (FJ 5º). Véase igualmente LUZÓN CUESTA, J. M., *Compendio de Derecho penal. Parte General*, pág. 203, diferenciando tanto la culpa *del profesional* (imprudencia o negligencia comunes cometida por el profesional en el ejercicio de su arte, oficio o profesión) y la culpa propiamente *profesional* («que descansa en una impericia crasa por vulneración de la *lex artis* o por carencia de aptitud»), aunque reconoce este autor que los lindes entre ambas son indecisos y confusos. Al respecto, puede traerse a colación el art. 19 CED, que ordena al médico abstenerse de actos que sobrepasen su capacidad, en cuyo caso “*propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia. 2. Si un médico observara que por razón de edad, enfermedad u otras causas, se deteriora su capacidad de juicio o su habilidad técnica, deberá pedir inmediatamente consejo a algún compañero de su absoluta confianza para que le ayude a decidir si debe suspender o modificar temporal o definitivamente su actividad profesional. 3. Si el médico no fuera consciente de tales deficiencias y éstas fueran advertidas por otro compañero, éste está obligado a comunicárselo y, en caso necesario, lo pondrá en conocimiento del Colegio de Médicos, de forma objetiva y con la debida discreción. No supone esta actuación faltar al deber de confraternidad, porque el bien de los pacientes ha de ser siempre prioritario*”.

75 Se expresa en STS de 26-02-2001, Sala 2ª, RAMOS GANCEDO, FJ 3º: «La agresión física que soporta el cuerpo de una persona sometida a una intervención quirúrgica supone un objetivo y real quebranto de la integridad corporal. Por ello mismo, la antijuridicidad de tal acción quedará excluida como elemento consustancial de todo hecho delictivo siempre que tal agresión a la incolumidad corporal protegida constitucional y penalmente, haya tenido lugar con observancia de las normas que configuran la “*lex artis*” que debe regir la actuación del sujeto activo, de suerte que cuando la intervención traumática y agresiva que sufre el ser humano se produce no sólo de espaldas a la “*lex artis*”, sino en oposición frontal a la misma, la antijuridicidad de la acción aparece patente y, consecuentemente, el reproche penal si en el hecho concurren los demás requisitos que configuran el tipo. Que en el supuesto analizado los acusados actuaron con absoluta omisión del mínimo deber de cuidado a que obliga la “*lex artis*” a la que debían haber ajustado su actuación, es algo que no admite la menor duda...»

76 Todo lo cual, en su conjunto, desvelará las pautas de la conducta a seguir por el profesional sanitario en el cumplimiento de sus obligaciones.

genérica previsión contenida en el art. 34.c) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del SNS<sup>77</sup>, la LOPS plasma repetidas veces el derecho/deber que atañe a los sanitarios, en general, relativo a una formación profesional actualizada y continua pudiéndose citar, además del art. 5.1, su Título II (“De la formación de los profesionales sanitarios”, arts. 12 y ss.) o art. 41.3 (referido al ejercicio privado).

2ª. — Como imperativo de conducta profesional, esto es, deber principal a que debe atender el profesional, tal y como lo concibe la totalidad de la jurisprudencia (sea una u otra cosa lo que entienda, en momentos distintos, por *lex artis*), subrayándose su carácter mudable. En esta dirección, se aduce que el desempeño de actividades sanitarias por parte de los facultativos y técnicos correspondientes «exige una cuidadosa atención a la *lex artis* en la que, sin embargo, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas, dado el constante avance de la ciencia, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes»<sup>78</sup>.

3ª. — Como requisito o presupuesto cuya inobservancia o incumplimiento dará lugar a la correspondiente responsabilidad (jurídica o, incluso, moral)<sup>79</sup> del profesional de que se trate y, en su caso, de la entidad pública o privada a la que quede adscrito —lo cual no viene a ser sino una derivación del anterior carácter—<sup>80</sup>, pudiéndose señalar que la *lex artis* no verifica distingos en cuanto a órdenes jurisdiccionales se refiere, obviando el tradicional, polémico y persistente conflicto competencial.

En el orden civil tradicionalmente se viene poniendo el acento en que la obligación, contractual o no, del médico y del sanitario no es la de lograr, con carácter general, la recuperación o sanidad del enfermo (obligación de resultado) sino la de proporcionarle todos los

---

77 Previendo, para formar y desarrollar la competencia técnica de los profesionales a fin de orientarlos a la mejora de la calidad del SNS, una revisión permanente “de las enseñanzas y de la metodología educativa en el campo sanitario, para la mejor adecuación de los conocimientos profesionales a la evolución científica y técnica y a las necesidades sanitarias de la población”, norma que ha sido desarrollada por RD 1277/2003, de 10-10.

78 Entre otras muchas, STS de 14-02-1991, Sala 2ª, DE VEGA RUIZ, 3er apartado de su FJ 2º, imperativo al cual se refiere también el mentado art. 4 del Convenio de Oviedo.

79 De ahí que, en sede de responsabilidad civil y dentro del perímetro de la relación médico-paciente, haya sido destacado que el primero responderá por una posible vulneración del deber de respeto a la integridad —física o moral— que el segundo merece siempre y cuando el profesional no lleve a cabo un uso razonable «de los medios casi portentosos que la ciencia y la técnica ponen hoy en manos de los médicos; con lo que los deberes de corrección y buena fe en el comportamiento del profesional adquieren un valor decisivo», ROCA JUAN y ATAZ LÓPEZ, *Problemas...*, págs. 4 a 16, tras deslindar previamente la responsabilidad *moral* —en la cual «uno se considera moralmente responsable cuando ante Dios, si se es creyente, o ante la propia conciencia, se debe responder de un acto u omisión»— de la responsabilidad *jurídica* —donde aparece como «jurídicamente responsable» el que origine un daño, exigiendo una acción u omisión productora de un perjuicio que afecta, bien a la sociedad en abstracto, bien a una persona concreta, bien a una y otra simultáneamente, diferenciando, dentro de esta última, únicamente la penal y la civil—, añadiéndose que de la infracción de tales deberes o de la buena fe emergerá «un derecho subjetivo a la reparación, compensación o a la satisfacción», por lo cual la actuación del médico queda ubicada en el art. 1902 CC, persiguiéndose reparar el posible daño.

80 Al respecto, el propio PENNEAU, *La responsabilité du...*, págs. 22 y 23, dice «il est certain que le médecin qui se conforme à une règle de l'art ne comment pas de faute, car il se conduit comme se serait conduit le standard de référence»; expresando, a la inversa, que «le médecin qui ne se conforme pas à une règle de l'art commet une faute, si elle est exacte d'une manière générale».

cuidados que requiera según el estado de la ciencia (obligación de medios)<sup>81</sup> «sin que opere la inversión de la carga de la prueba, admitida por esta Sala para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente<sup>82</sup>, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (*lex artis ad hoc*)»<sup>83</sup>.

Respecto de una eventual responsabilidad penal, se mantiene que «la alta consideración que la Medicina y la clase médica merecen por la transcendencia individual y social de su tarea y los sacrificios, muchas veces inmensos, que su correcto ejercicio imponen, hay que poner de relieve que la imprudencia nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias del lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que olvidando la “*lex artis*” conduzcan a resultados lesivos para las personas... el estado actual de la doctrina jurisprudencial relativa a este tipo de imprudencia (la médica) puede resumirse en los siguientes puntos: a) La no incriminación, vía delito o falta, de la imprudencia en función

---

81 En sede de responsabilidad *patrimonial* de la Administración, paralelamente a lo recogido por la jurisprudencia civil, se subraya que «en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *Lex Artis* como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado» (SAN de 23-07-1999, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, GUERRERO ZAPLANA, FJ 3º).

82 En contra, ALBALADEJO, M., *La prueba de la culpa en la responsabilidad por acto ilícito*, con base en el art. 1183 CC, señalando que «sin culpa no hay responsabilidad, pero probado todo lo demás, la culpa del autor del hecho dañoso, se presume. Esto es así desde que se dictó el Código, hace ya casi siglo y cuarto, pero nunca lo ha entendido el Tribunal Supremo»; prosiguiendo que aunque las sentencias declaren que en materia de daños por servicios médicos «no se debe invertir la carga de la prueba de la culpa del médico, sino que ésta ha de probarla el enfermo, realmente lo que se quiere decir es que pruebe el enfermo que hubo hecho dañoso (cuya prueba del hecho, como sabemos, corresponde al que sufre el daño), hecho dañoso consistente, por ejemplo, en la operación quirúrgica mal hecha (te van a quitar las amígdalas y te degüellan) o en el diagnóstico improcedente (con una radiografía en la que el menos experto ve un cáncer de caballo, te diagnostican una ligera bronquitis), o en el tratamiento erróneo (te prescriben una medicación totalmente inadecuada para el caso). Así que la prueba de la culpa que se pide al enfermo es de la culpa en el sentido de autoría, o sea de ser el autor del hecho dañoso, pues se es culpable de él en la aceptación de haber realizado la operación mal hecha o dado el diagnóstico improcedente o prescrito el tratamiento erróneo. Con lo que probada la culpa en el sentido de autoría (ya que en el sentido de ser su autor, se dice que de lo hecho por quien lo hizo es culpable el que lo hizo), queda fuera el tema de la culpa en el sentido de haber obrado sin diligencia. Y esa falta de diligencia, esa culpa, se presume en el autor del acto dañoso, sin tener que probarla el enfermo. Y al médico le cabe si puede, probar que no es culpable (por ejemplo, porque le dieron unas radiografías equivocadas o unos análisis mal hechos)», para concluir que: «con sólo el Código Civil, nos arreglamos en eso de la presunción que establece de que el que daña por acto ilícito se presume que obró por su culpa. Y no hay que hacer caso para nada ni a la teoría del Tribunal Supremo de la llamada inversión de la carga de la prueba, ni a lo que dice de que en los daños por acto médico la culpa la debe probar el enfermo. O sea, que hagan Uds. caso al Código, y no a la jurisprudencia». Sobre el *onus probandi* y su (im)posible *inversión* volvemos más adelante.

83 Por todas, SSTS de 08-09-1998, Sala 1ª, GONZÁLEZ POVEDA, FD 2º, o de 23-03-2001, misma Sala y ponente, FJ 1º; no obstante esta doctrina viene a ser cuestionada por otro sector jurisprudencial y doctrinal que preconiza una tendencia irremisible hacia la responsabilidad objetiva del médico, defensor de la cual se muestra O'CALLAGHAN, págs. 1 a 3.

de un error científico o del diagnóstico equivocado, cuando se hayan cumplido en el reconocimiento las normas de la *lex artis*, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa cuantitativa resulten de extrema gravedad...»<sup>84</sup>.

4ª.— Como contenido objetivo vinculante incorporado tanto a la relación extracontractual como, en su caso, contractual a virtud del art. 1258 CC, atendiendo a que dicho precepto no establece un orden de prelación <sup>85</sup> e «impone la atribución de responsabilidad (“*los contratos obligan al cumplimiento*”) y no han de excluirse las consecuencias debidas al “incumplimiento culpable por omisión del deber exigido por el tenor de la obligación y de las reglas —*lex artis*— de toda buena construcción”»<sup>86</sup>.

5ª.— Como norma de complemento a la cual las normas en blanco pueden remitir (otra vez, el art. 4 de la Convención de Oviedo) así como, simultáneamente (dada su indefinido contenido e inconcreción), como propia normativa en blanco a la que acudir a fin de examinar si la conducta del profesional ha observado tal *lex*. De ahí que se afirme también que el recurso a las *leges artium* (como parámetro de definición de la conducta exigible del profesional) no comporta, en efecto, una plena estandarización de la conducta misma, puesto que la relación entre discrecionalidad del profesional y observancia de las reglas no se presenta nunca como un dato constante e inmutable, variando bastante según las profesiones, los tipos de prestación, el bien o interés sobre los que se destina e incide la actividad y el estado de los conocimientos <sup>87</sup>. En consecuencia, ante la carencia de una determinada normativa, «ciertas conductas biomédicas dependerán... exclusivamente de los juicios morales del profesional responsable, pero no por ello se desenganchan del ordenamiento vigente»<sup>88</sup>.

Hasta aquí la anchurosa acepción de *lex artis* que sostenemos, sin perjuicio de admitir que ha sido identificada a veces, desde una más restringida perspectiva, únicamente con aquellas reglas técnicas, científicas o de ambos tipos por las que debe regirse una actuación profesional para que sea calificada de correcta (concepción que se ubicaría en el segundo de los aspectos señalados), asimilándose entonces a expresiones como pericia, buena *praxis*, aptitud

---

84 STS de 29-02-1996, Sala 2ª, PUERTA LUIS, FJ 3º.

85 Nuevamente ROCA GUILLAMÓN, *Comentarios...*, págs. 461 y 462.

86 STS de 20-03-1991, Sala 1ª, ORTEGA TORRES, 5º FD, *in fine*, relativa a incumplimiento contractual ajeno a la profesión médica pero aplicable a ésta (desestima recursos formulados por un arquitecto y la aseguradora, condenados en segunda instancia, al abono de indemnización por daños y perjuicios).

87 GABRIELLI, pág. 229; manifestando que esta incidencia de las reglas técnicas es mayor en la profesión médica y, por aquella construcción, aparece más limitada en aquellas otras legales y financieras; pero también en un sector como el de la responsabilidad médica, el espacio reservado a la discrecionalidad podrá ser más amplio en el caso de que el estado de los conocimientos impliquen una pluralidad de estrategias alternativas. Así, la jurisprudencia italiana reconoce al profesional un amplio margen valorativo que viene a sustituir el «*trait d'union*» entre la regla *Codificada* y el caso concreto, conservando el profesional, con respecto a este último, una discrecionalidad dentro de cierto límite incuestionable.

88 MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho*, pág. 162; pudiendo citarse también la SAP de Zaragoza de 12-04-1996, Sección 1ª, PÉREZ LEGASA (FD 4º) que declara «La mal *praxis* supone una quiebra de lo que hay que hacer en cada caso concreto, un apartarse del buen hacer, una desviación o viciamiento del acto médico en particular. La buena *praxis* en una exploración médica... supone, en primer lugar, una exquisita delicadeza, para no herir la sensibilidad del explorado, y procurar que esté tranquilo y colaborador. El enfermo no debe desvestirse en presencia del médico, debiendo estar ayudado en el caso de mujeres, por enfermera o auxiliar; se deben ir exponiendo solamente las zonas a explorar, evitando una desnudez total prolongada e innecesaria; siempre salvando el pudor natural implícito en la condición humana de tradición cultural occidental».

profesional u otras de análogo contenido, perviviendo un denominador común en estas estrechas concepciones y es que vienen a coincidir en que a ella queda sujeta la práctica de la Medicina, por lo que cabría plantearse si en esta práctica sólo cabe hablar de *lex artis* ceñida al tratamiento o acto médico determinado que consideremos en su solo aspecto científico-técnico o, por el contrario, también cabría incluir en la misma los denominados deberes profesionales, discutida cuestión con la cual pondremos punto y final a este apartado.

### II.3. Los deberes profesionales, ¿están incorporados en la *lex artis*?

Dicha interrogación se puede contestar de modo diverso según el concepto más o menos amplio de *lex artis* que se acoja. Por nuestra parte, nos decantamos por una extensa noción de *lex artis* cuya observancia constituye la obligación primaria para el médico<sup>89</sup> ubicándose en la misma, anticipamos, los restantes deberes profesionales (sean ético-morales, jurídicos o técnico-científicos).

En contra de nuestra postura podemos citar, p. ej., a ATAZ cuando al abordar la *culpa médica*<sup>90</sup> conviene en clasificarla, con SAVATIER, en tres categorías: 1ª) Por omisión de la prudencia común, la cual no guarda especial relación con la profesión a que nos refiramos (poniendo como muestra el citado profesor la caída del enfermo de la mesa de operaciones); 2ª) Por omisión o desconocimiento de la técnica médica o «reglas del arte» (lo que coincidiría, en el ámbito penal, con la *culpa profesional* ya referida, esto es, con imprudencia, ineptitud o ignorancia de las reglas profesionales) y, finalmente, 3ª) Por actos contrarios al humanismo médico, esto es, a la trasgresión de los llamados «deberes generales» derivados de la actividad profesional médica y, por tanto, de la presunción de confianza de que se revisite el «Ministerio Médico»<sup>91</sup>. Esta disociación entre *lex artis* y deberes profesionales ha venido siendo sostenida en diversos pronunciamientos de la Sala 1ª de nuestro Alto Tribunal al expresarse, p. ej., que «el motivo no puede prosperar en los supuestos de responsabilidad civil por infracción de deberes profesionales o de la “*lex artis*”, casos de contratos de arquitectos, médicos o de otros arrendamientos de servicios, en que no es de generalidad aplicación de inversión de la carga de la prueba»<sup>92</sup> o, cuando al intentar amontonar los deberes integrantes de la obligación de medios que incumbe al facultativo en el ámbito de la llamada medicina *curativa*, se deslinda la *lex artis ad hoc*, de una parte (identificándola con el uso de «cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento») y, de otra, lo que conforman incuestionables deberes profesionales

89 En esta dirección, pareciendo acoger un criterio ascendente, el art. 11.3 LBAP-DOID cuando prohíbe aplicar las llamadas “*instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis»...*”.

90 Págs. 294 a 301; definiéndonos la misma, pág. 290, en sentido amplio como «infracción por parte del médico o cirujano de algún deber propio de su profesión y más concretamente del deber de actuar con la diligencia objetivamente exigida por la naturaleza del acto médico que se ejecuta, según las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar»; o más brevemente, pág. 294, como «infracción por parte del facultativo de un deber propio de su profesión que debía conocer y tenía la posibilidad de observar».

91 Englobándose aquí los más relevantes de la deontología médica, tales como los relativos al secreto o a la información, dando la impresión que para este autor dichos deberes no forman parte integrante de la *lex* analizada. Como bien expresa ROCA JUAN, en el prólogo referido, pág. 11, «puede que tales deberes profesionales se resuman en uno solo: atender y cuidar según un leal saber y entender, con independencia del que logre, o no, sanar al paciente».

92 STS de 24-05-1990, MARINA MARTÍNEZ-PARDO, con mención de S. de 16-10-1989.

como el de previa información al enfermo o, en su caso, a sus familiares, la continuación del tratamiento hasta que sea posible dar de alta al paciente, etc.<sup>93</sup>. Frente a la concepción que sostenemos también se alza parte de la doctrina penal, tal es el caso de LÜTTGER<sup>94</sup> o, en nuestro país, ROMEO CASABONA y JORGE BARREIRO al diferenciar entre indicación terapéutica y *lex artis* con base en la propia doctrina germana<sup>95</sup>, considerando este último que nuestro Alto Tribunal sólo concibe la impericia o negligencia *profesionales* como atinentes al solo incumplimiento de conocimientos técnicos<sup>96</sup>.

Pese a tales respetables pareceres — reiteramos — la expresión *lex artis* posee un mayor contenido al descrito no reduciéndose tan solo al estricto de los conocimientos técnico-científicos y las diversas alternativas que ofrecen, sino que en ella encontraría cobijo también la misma deontología profesional que, en buena medida, refleja la moral o *boni mores* del profesional<sup>97</sup> y,

---

93 Al respecto, SSTS de la Sala 1ª, de 25-04-1994, ALBÁCAR LÓPEZ, FJ 3º, o de 08-09-2003, ALMAGRO NOSETE.

94 Págs. 118 a 138, que siguiendo a ENGISCH distingue *indicación médica* («El presupuesto de la justificación de una intervención en la integridad corporal de un paciente... es que tal intervención sea médicamente indicada... cuando, según los conocimientos y las experiencias médicas, sean el único o el mejor medio para mantener la vida del paciente o para restablecer su salud. Se trata de ponderación de intereses... La indicación médica, por lo tanto, es un pronóstico... La esencia de la indicación médica que da lugar al pronóstico sólo puede ser, por lo tanto, la de una apreciación o estima... implica una producción técnico-espiritual que todo médico debe llevar a cabo según sus capacidades y conocimientos») y *legis artis*.

95 Vid., p. ej., JORGE BARREIRO, *Jurisprudencia...*, págs. 72 y 73, según el cual indicación terapéutica y *lex artis* se relacionan, pero son distintos: la primera «consiste, fundamentalmente, en una tarea de valoración, de ponderación de los beneficios y riesgos objetivamente previsibles para la salud del paciente, que puede entrañar la aplicación de una u otra medida terapéutica; mientras que la *lex artis* se trata de, una vez emitido ese juicio, aplicar adecuada y correctamente por parte del facultativo el tratamiento indicado. La indicación responde, pues, al sí del tratamiento... mientras que la *lex artis* se refiere al cómo del tratamiento»; no obstante el propio autor alude a la discusión doctrinal mantenida acerca de si la *lex artis* es aplicable a toda la actividad médica — postura que mantene-mos — o sólo a algunos apartados del ejercicio profesional.

96 *La imprudencia...*, págs. 255 y 256, «En todo caso, se está refiriendo (el Tribunal Supremo), como puede apreciarse, al incumplimiento de normas técnicas de la profesión», concluyendo inadecuado este criterio, por parte de la jurisprudencia, para diferenciar la negligencia común de la profesional; afirmación que, de otro lado, la jurisprudencia de la propia Sala 2ª no dudó en desvirtuar cuando, en relación con el art. 565 CP anterior, deslindaba la impericia profesional de la negligencia del mismo tipo en atención a que mientras que la primera conllevaba una vulneración de la *lex artis*, la segunda sólo implicaba infracción de la llamada *lex functionis*, esto es, de los deberes inherentes a la profesión — o deberes *ex officio* — viniendo así a introducirse, al menos terminológicamente, otro parámetro o estándar jurídico para el enjuiciamiento criminal del obrar profesional. Bajo tal óptica, cabe traer a colación SSTS de 07-06-1983, Sala 2ª, GÓMEZ DE LIAÑO COBALEDA (7º Considerando) o de 19-12-1983, propia Sala y ponente, cuyo Considerando 2º, con cita de otras, expresa que «a efectos de penalidad, el párr. 5.º art. 565 CP, cabe distinguir la impericia o negligencia profesional, como agravante específica, en cuanto que se establece que, en los casos de muerte o lesiones graves concurriendo una u otra, se impondrán en su grado máximo las penas señaladas en este artículo, habiendo establecido la doctrina de esta Sala, (SS 29 Ene., 7 Jun. y 23 Oct. 1983, entre otras), que la impericia descansa en una actuación con ausencia del conocimiento de las reglas que rigen la actividad en la que se realiza la conducta, por lo que se ha dicho que existe una vulneración de la *lex artis* y que la negligencia profesional tiene su apoyo en la infracción de los deberes que son inherentes a la profesión, por lo que la violación recae, de modo primordial, sobre los deberes que exige la actividad que se desempeña por razón del cargo, originándose la vulneración de la *lex functionis*».

97 Lo que se llega a suscitar el propio LÜTTGER, pág. 120, «No cabe ninguna duda que los conocimientos científicos y la experiencia práctica de la medicina son la base de la indicación médica. Lo que se discute, sin embargo, es si fuera de ello es necesario tomar en cuenta también los “principios de conciencia” del médico, es decir, las máximas de la ética profesional... hay que admitir que el Derecho Penal ocasionalmente recurre a criterios extrajurídicos como, por ejemplo, la contrariedad a la moral».

por ende, la triple clasificación acogida por ATAZ respecto de la *culpa médica*, sería susceptible de reducirse a las dos primeras que enuncia (coincidentes, *in substantia*, con las anteriormente mentadas *culpa del profesional* y *culpa profesional*, respectivamente, si bien éstas se suelen ubicar en la esfera penal y aquéllas en la civil)<sup>98</sup>. Ello, además, podría venir avalado por una posible y exigua paradoja: Si deberes de los médicos tales como el de información (y, por mor de éste, la obligación de documentación —*die ärztliche Dokumentationspflicht*—)<sup>99</sup>, el de guardar secreto o aquél otro de recabar el previo consentimiento al paciente respecto del acto o tratamiento propuesto son calificados, en repetidas ocasiones, de deberes *ex officio*, ello no significa otra cosa que le vienen impuestos, por regla general, a aquéllos objetivamente por razón de la profesión a que están dedicados, esto es, se configuran como deberes integrantes de aquél contenido esencial, libre de cualquier tipo de interferencia que no provenga de la profesión misma y cuya auténtica naturaleza no es otra que la de constituir deberes accesorios de protección (*Schutzpflichten*) de la persona del paciente derivados del longevo y amplísimo principio de la *bona fide*<sup>100</sup>, en consecuencia, componentes de la *lex artis* a que se sujetan los galenos

98 ATAZ, pág. 289, citando a QUINTANO, reconoce que no es tanto la esencia de lo culposo lo que difiere en ambas esferas (civil y penal), «como su modo de manifestarse al exterior y, sobre todo, de ser valorado jurídicamente»; pues mientras que en el ámbito civil la valoración se lleva a cabo conforme a un parámetro objetivo y abstracto, en el orden penal la imprudencia se valora siempre de modo personal «buscando un reproche concreto a la acción»; señalando GONZÁLEZ MORÁN, L., *La responsabilidad civil del médico*, pág. 13, que lo común a los delitos y faltas y a los denominados ilícitos civiles es que son fuente de obligaciones —*ex art. 1089 CC*— «no porque antes de la comisión del delito (acción u omisión) o de incurrir en una conducta en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia existiera, en principio, obligación alguna inter partes, sino porque son tales comportamientos dañosos los que generan la obligación resarcitoria»; también acerca de la distinción ilícito penal *versus* ilícito civil puede consultarse COBACHO GÓMEZ, J. A., *Comentarios al Código Penal*, tomo IV, págs. 166 a 168, señalando que los arts. 1092 (referido al ilícito penal) y 1093 CC (relativo al ilícito civil) valen para desarrollar al mencionado art. 1089, concluyendo, por tanto, que tales preceptos del CC «sirven para determinar las normas aplicables a los delitos o faltas y a los ilícitos civiles».

99 Deber jurisprudencialmente reconocido por el Tribunal Federal Superior alemán que constituye manifestación de la obligación de informar que pesa sobre el médico, «(deber accesorio del deber de prestación), que se extiende al diagnóstico, la terapia y sus efectos. El principio de la *Waffengleichheit* exige que el médico haga posible al enfermo la prueba indiciaria a través de la diligente redacción de los actos clínicos», vid. CABANILLAS SÁNCHEZ, A., *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de "lex artis" y la carga de la prueba*, pág. 911, con cita de WASENBURG, SCHMIDT y MERTENS, siendo, *per se*, suficiente ilustrativo el título del trabajo de tal profesor en conexión con el interrogante suscitado en el presente apartado; también LLAMAS, *Responsabilidad...*, pág. 315, señalando que el principio de *Waffengleichheit* «exige del médico una precisa y especial diligencia en el cumplimiento de su deber de información».

100 En efecto, no suponen sino deberes accesorios de protección del enfermo, puesto que en toda obligación es dable discriminar, de una parte, un deber de prestación (principal o primario) propio de la posición jurídica pasiva (deudor/facultativo) tendente a realizar el interés a la prestación (servicios médicos que viene a conformar, por regla general, la obligación de medios que el médico asume) del sujeto activo (acreedor/paciente), así como determinados deberes de protección (auxiliares, complementarios, de seguridad o accesorios) que aparecen impuestos a ambas partes (acreedor y deudor) encauzados a satisfacer el interés de cada una a proteger la propia persona y las cosas de hipotéticos eventos lesivos dentro de la relación contractual que, en su caso, pudiere darse entre el médico y el paciente (resultando lógico que el enfermo conozca o adquiera un juicio de valor sobre aquello que va a aceptar y a lo que voluntariamente se va a someter, máxime si atendemos al *intuitus personae*, caracterizador otrora de tal vínculo y que tan desprestigiado aparece hoy en día); véase PRINCIGALLI, pág. 193, con cita del art. 1176.2º del CC italiano —es «più corretto ricondurre alla buona fede tutti i doveri del medico, doveri che devono essere osservati con la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata»-; ALONSO, págs. 40 y 41, «mejor será pensar que el médico... se obliga a una serie de deberes profesionales que acompañan a su obligación de procurar la curación, y que constituyen deberes auxiliares básicos. Verdaderos deberes de protección integrantes de la relación médico-enfermo (*Schutzpflichten*) o de conducta (*Verhaltenspflichten*), según la técnica alemana que contribuyen al exacto

cuando desempeñan su profesión, componentes, en definitiva, de las reglas a observar en sus relaciones con los enfermos<sup>101</sup>.

Desde este prisma la Sala 2ª, en STS de 10-03-1959, ya definía la *lex artis* como aquél conjunto de las reglas más elementales de la deontología médica<sup>102</sup>, por ende, la deontología (y con ella el deber de guardar secreto o el de información) se contiene igualmente dentro de la *lex artis*; postura que acogen también, entre otros, FERNÁNDEZ HIERRO<sup>103</sup> o CARRASCO GÓMEZ<sup>104</sup>. Por otro lado, la inclusión y observancia de estos deberes profesionales —*ex officio*— en el marco de la *lex artis*, en particular de la *lex artis ad hoc*, viene siendo la postura mantenida en diferentes resoluciones<sup>105</sup>, sin perjuicio de reconocer que en otras no ocu-

---

cumplimiento del deber de prestación (*Leistungspflicht*) médico, y tratar de evitar al paciente daños o riesgos a su persona o a su integridad física y moral», agregando el propio autor, pág. 42, que resulta indudable que el deber de informar al enfermo «emana de la buena fe, como principio general del Derecho (art. 7.1 CC) y como fuente de especiales deberes integrantes del contrato (art. 1258 CC)»; también LLAMAS, *La...*, pág. 166. Tales deberes accesorios son clasificados por ATAZ —con SAVATIER— en dos grupos; de una parte, obligaciones tendentes a asegurar la cooperación del enfermo (aclarar, aconsejar y no actuar en ciertos casos más que con el consentimiento de éste) y, de otra, en obligaciones que no son esenciales de los miembros de las profesiones liberales (conservar el secreto profesional, respetar la verdad, la legalidad y la vida de los clientes); calificación esta última —*no esencialidad* de tales deberes— que parece insostenible en el marco de la Medicina actual desde el momento en que se positivizan y son empleados como auténticas armas jurídicas frente a las que se reputan *agresiones*, físicas o morales, *médicas*, expresándose, p. ej., que «Hoy no se concibe en efecto la medicina sin el consentimiento informado del paciente» (SAP de Barcelona de 05-01-1998, Sección 1ª, ZAPATA CAMACHO, 2º FD).

101 Como apunta YZQUIERDO, *La...*, págs. 238 y 239, en la relación contractual de servicios profesionales concurren más obligaciones «de las que componen la prestación *stricto sensu*», dado que los deberes de corrección y buena fe, aún teniendo diferente alcance en cada tipo contractual, resultan ser de «máxima intensidad en las relaciones que implican una particular confianza, pues es en ellas donde la buena fe se potencia en un deber de fidelidad».

102 Aludida por PORTERO GARCÍA, L., *Aspectos jurídicos del consentimiento informado*, pág. 149.

103 Pág. 204, estimando insertas en el concepto de *lex artis* tanto las normas deontológicas «aprobadas en general por los Colegios profesionales u organización médica colegial, como los usos propiamente dichos que son constantes universalmente admitidas dentro de la medicina y respetadas por los miembros de la profesión así como enseñadas en las facultades universitarias».

104 *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, pág. 40, al considerar las contraprestaciones y deberes del facultativo como el «conjunto de las normas de actuación profesional ética y adecuada y cuya regulación ha sido el motivo central de los diversos Códigos de Deontología Médica».

105 Como acontece en SSTS de 06-06-1997, Sala 1ª, SIERRA GIL DE LA CUESTA, FJ 3º —«en el presente caso se contempla una posible responsabilidad profesional dentro del área de la medicina, dicha responsabilidad tendrá que ver con una medidas especiales, que no son otras que las derivadas de los llamados «deberes médicos» —*lex artis ad hoc*—, que sobrepasan la medida o patrón de la culpa como delimitada por la diligencia genérica de un «buen padre de familia»—; de 28-06-1997, Sala 1ª, MORALES MORALES, 4º FD —estimando el deber profesional de información *inter facultativos* incluido en tal expresión—; de 19-02-1998, Sala 1ª, MARTÍNEZ CALCERRADA, apartado 3º de su FD 3º —«En la responsabilidad médica, por lo general, de tipo contractual, tanto porque haya un contrato de asistencia, directo o a través de entidad o S.S., tanto porque se integre merced al mismo acto médico, el mecanismo de prueba de responsabilidad será al acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la infracción de los deberes profesionales o “*lex artis ad hoc*”; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales (entre los que está, sin duda, el de información adecuada)»—; de 26-09-2000, Sala 1ª, VILLAGÓMEZ RODIL, párrafo 10º de su FJ 1º; de 29-05-2003, de la propia Sala y ponente, mismo FD, párrafo 7º, etc.; pudiéndose citar también en esta dirección STSJ de Navarra, de 22-05-1995, Sala de lo Social, SANTOS MARÍN, FJ 6º —«el consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la “*lex artis ad hoc*”; por ello, la eficacia del consentimiento del paciente se halla supeditada, entre otros requisitos, a que se cumpla con el deber de información en términos adecuados» (resolución ésta que adolece de cierta contradicción por cuanto si la importada doctrina anglosajona del *informed*

re así<sup>106</sup>; sirviéndonos ello, además, de punto de arranque en orden a interpretar el referido art. 4 del Convenio de Oviedo cuando se refiere a que toda intervención sanitaria se ha de verificar con escrupuloso respeto “...a las normas y obligaciones profesionales”.

### III. SOBRE LA PRUEBA Y LA CARGA DE LA PRUEBA (U *ONUS PROBANDI*)

En su acepción procesal y encauzada a un fin u objetivo<sup>107</sup> suele definirse la prueba<sup>108</sup> como aquella actividad producida dentro del proceso encaminada bien a lograr persuadir psicológicamente al juzgador acerca de las afirmaciones<sup>109</sup> deducidas por las partes (si opera

---

*consent* se reputa *presupuesto* de tal *lex* difícilmente puede catalogarse acto seguido de *elemento* integrante de la misma) —; SAP de Vizcaya de 02-06-2000, Sección 3ª, RODRÍGUEZ GALARZA, párrafo 6º de su FJ único - «Naturalmente existe un consentimiento escrito y prestado de forma libre y voluntaria a la intervención o tratamiento, pero viciado por no informado. A este respecto hemos de recordar la sentencia del T. Supremo de fecha 13 de Abril de 1999 según la cual, un elemento esencial de la *lex artis ad hoc* o núcleo esencial de contrato de arrendamiento de servicios médicos es el de la obligación de informar al paciente o en su caso a los familiares del mismo»-; SAP de León de 15-09-1998, Sección 2ª, MALLO MALLO, FD 3º — «considerada la “*lex artis ad hoc*” como el módulo rector de la actividad médica se entiende por la moderna jurisprudencia que forma parte de la misma el deber de información del médico al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, respecto al diagnóstico, pronóstico, tratamiento y riesgos, deber de información que está incluido en la llamada “obligación de medios” y cuya omisión supone negligencia»-; SAP de Asturias de 01-02-2001, Sección 6ª, RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, FJ 3º — «hoy puede reputarse jurisprudencia consolidada... la que afirma que un elemento esencial de la “*lex artis ad hoc*”, exigible en la intervención médica es la obligación de informar al paciente, o en su caso a los familiares del mismo, en los términos que recoge el art. 10.5 de la Ley 14/86... Información que habrá de alcanzar al diagnóstico, pronóstico que de su tratamiento pueda esperarse y riesgos del mismo con el objeto de que el consentimiento».

106 Tal es el caso, p. ej., de SAP de Zaragoza de 27-05-1995, Sección 2ª, MORA MATEO, FD 6º -«la negligencia existe no sólo si una operación médica no se hace conforme a la *lex artis ad hoc*, que no es este caso, sino también si no se ha obtenido del paciente, o en su caso cliente, el debido consentimiento»—, o más recientemente STS de 08-09-2003, Sala 1ª, ALMAGRO NOSETTE, cuando en el último párrafo de su FJ 2º separa también el deber de recabar el consentimiento informado y la *lex artis*.

107 Podiéndonos referir también a la *prueba* en su sentido de *finalidad* —como acreditación de la veracidad de un supuesto fáctico del que depende la existencia de un derecho— o, incluso, en su significación de *medio* —como reunión de instrumentos que pueden emplearse para lograr aquella demostración—.

108 Siendo abundantes los significados que a tal término le asigna el Diccionario de la RAE, definiéndose en su acepción jurídica como «...10. Justificación de la verdad de los hechos controvertidos en un juicio, hecha por los medios que autoriza y reconoce por eficaces la ley», indicando ORTELL RAMOS, M., *Derecho Procesal Civil*, pág. 375, que el concepto de prueba jurídica y, sobre todo, procesal se acerca mucho al «concepto cultural común de prueba, pero es necesario advertir que la corrección de los métodos de conocimiento no es lo único a lo que se atiende al ordenar la prueba jurídica», debiéndose matizar todo concepto que emplee las nociones de *verdad* o de *convicción*. Únicamente nos interesa aquí la prueba producida en el seno del proceso, actividad que incumbe tanto a las partes como al propio juzgador (particularmente en el ámbito penal, art. 729.2º LECrim.), concibiéndola ORTELL «actividad para convencer al juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes o para fijarlas formalmente a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso».

109 Señalan PEDRAZ PENALVA, E., y GONZÁLEZ MACÍAS, J., *La instrucción en el proceso administrativo ordinario*, pág. 258, como «meta de la actividad probatoria alcanzar el convencimiento del juzgador sobre la coincidencia de las afirmaciones parciales introducidas en el proceso y el resultado de la práctica de los medios probatorios. En modo alguno es admisible exigir una convicción judicial acerca de la verdad o falsedad de la afirmación fáctica. La convicción se alcanza tanto si se llega a la certeza —nunca absoluta— como a la probabilidad; más precisamente, cuando el juez consigue disipar todas aquellas dudas razonables o socialmente relevantes desde su estimación comparativa con los datos obtenidos de la práctica probatoria».

el sistema de libre valoración)<sup>110</sup>, bien a fijar éstas conforme a una norma legal (en caso de operar el sistema de prueba tasada)<sup>111</sup>, constituyendo el eje de una hipotética imputación de responsabilidad a la persona física o jurídica, pública o privada, frente a la cual sea deducida una demanda al consistir, como expresara la Ley 1ª, Tít. 14, Part. 3ª, en el *averiguamiento que se hace en juicio en razón de alguna cosa que es dudosa* <sup>112</sup>.

En el marco civil el objeto de la prueba viene conformado por aquellas afirmaciones deducidas por las partes <sup>113</sup> sostenedoras de sus correspondientes pretensiones y que, obviamente, admitan ser probadas (comprendiendo todo aquello que las normas jurídicas pueden establecer como supuesto de hecho del cual se desprenda una determinada consecuencia jurídica), englobándose bajo la expresión *tema o necesidad de prueba* aquél perímetro probatorio de un específico proceso del cual se excluyen (conforme con los núms. 3 y 4 del art. 281 LEC) dos especies de supuestos fácticos: a) Hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, exceptuándose aquella materia, objeto del proceso, situada fuera del poder de

---

110 Más esta *libertad* no equivale a arbitrariedad del juzgador, reenviando la LEC a las “reglas de la sana crítica”, p. ej., en arts. 316.2 (interrogatorio de las partes), 334.1 (documentos presentados por copia reprográfica), 348 (dictámenes periciales) o 376 (declaraciones de testigos); verificando lo propio la LECrim. en su art. 741.1, adquiriendo trascendental relevancia la inmediación, corolario de la oralidad (art. 120.2 CE).

111 A título de muestra, los arts. 319.1 (documentos públicos) o 326.1 LEC (documentales privadas no impugnadas). Sobre el concepto de prueba y su dificultad, CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *La prueba*, pág. 227; ORTELL, págs. 374 y 375; MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil*, págs. 253 y 254; PEDRAZ y GONZÁLEZ, págs. 255 a 259; CABEZUDO RODRÍGUEZ, N. (con cita, entre otros, de CARNELUTTI, COUTURE, RAMOS MÉNDEZ y EISNER), *La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil*, págs. 245 a 247; DE LAS HERAS, *Consideraciones relativas al principio de inmediación en la LEC/2000*, págs. 172 a 179, o ALEMAÑ CANO, J., *La prueba de testigos en el proceso penal*, pág. 26.

112 «...ó bien: el medio con que se muestra y hace patente la verdad ó falsedad de alguna cosa», ESCRICHE, pág. 301. Tampoco sobra recordar como en el siglo XIX, tanto los civilistas como los procesalistas franceses que, respectivamente, intervinieron en la elaboración del *Code Civile* de 1804 y en la del *Code de Procédure Civile* de 1806 partieron de la idea de separar, en materia de prueba, normas materiales y normas procedimentales, lo cual tuvo fiel reflejo en nuestro país siendo distribuida la materia probatoria entre, de una parte, la LEC/1881 (secciones 4ª y 5ª, Capítulo II, Libro II, arts. 550 a 666) y, de otra, el CC (Capítulo V, Título I, Libro IV, arts. 1214 a 1253), reputando MONTERO, págs. 254 y 255, que tal disociación no era teórica, «pues afectaba nada menos que a la determinación de la norma aplicable cuando intervienen elementos extranjeros en el proceso o cuando hay problemas de derecho intemporal». Hoy, merced a la vigente LEC, puede decirse que prácticamente la totalidad de las normas relativas a la prueba en el ámbito civil han quedado ubicadas en las disposiciones comunes a los procesos declarativos (capítulos V y VI, Título I, Libro II, arts. 281 a 386), las cuales despliegan sus efectos sobre el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE), los actos procesales y las situaciones jurídicas de los litigantes, siendo todas ellas procesales y, por tanto, de *ius cogens*, con la consiguiente derogación de las contenidas en el CC (vid. disposición derogatoria de la LEC, aunque pervivan las relativas a los documentos públicos, arts. 1216 a 1224 CC, así como la mayor parte de las que conciernen a los privados, arts. 1225 a 1230 —con la salvedad del 1226—, igualmente véase el apartado XI del preámbulo de la actual Ley Ritual).

113 Pese a la dicción del art. 281.1 LEC —aunque de ordinario coincidan con hechos—, puesto que, a veces, también habrán de constituir objeto de prueba aseveraciones de carácter jurídico, como puede ser una costumbre (recuérdese lo dicho más arriba en relación con los preceptos ético-deontológicos) o el derecho extranjero (ordinal 2º del art. 281 LEC), lo que no rechaza que pueda probarse tanto el Derecho histórico como el estatutario —se halle o no publicado en un diario oficial— a virtud del *iura novit curia*. Califica GUASP tales afirmaciones de carácter «normativo», aunque otros niegan que el Derecho sea objeto de prueba en sentido propio (CARNELUTTI), CABEZUDO, pág. 248, o MONTERO, pág. 259. Lógicamente, dichas afirmaciones normativas sólo constituirán materia de prueba si las desconoce el juzgador, rigiendo aquí el principio de investigación de oficio, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil (volumen primero)*, pág. 294, también MONTERO, pág. 264.

disposición de los litigantes<sup>114</sup>; y b) Aquellos otros que gocen de notoriedad<sup>115</sup> absoluta y general (de acuerdo con el aforismo *notoria non eget probatione*)<sup>116</sup>. Sin embargo, no habrán de ser objeto de exclusión —y, por ende, exigirán prueba— aquellas afirmaciones de las partes que resulten favorecidas por una presunción legal (art. 385.3 LEC)<sup>117</sup>, si bien las establecidas legalmente “*dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca*” (art. 385.1 LEC, anterior art. 1250 CC).

Dentro de la temática probatoria la significación de *carga de la prueba* —*onus probandi* o *Burden of Proof* en los países del *Common Law*— se asienta sobre el concepto de *autoresponsabilidad*<sup>118</sup>, implicando para la parte procesal que consideremos el sostenimiento de

---

114 No precisan ser probados aquellos hechos no controvertidos, no discutidos, como puede ser la realización de una específica actuación médica o intervención quirúrgica, la indicación o suministro de un determinado fármaco, etc., sean alegados por ambas partes o por una de ellas y admitidos por la otra, cuya concreción se determina conforme con lo dispuesto en los arts. 405.2 y 407.2 LEC. Como dice la STS de 23-11-1994, Sala 1ª, SANTOS BRIZ, FJ 5º, y las que cita, «la normativa jurisprudencial sobre la carga de la prueba... ha declarado en numerosos casos que no se altera por el juez el principio de distribución de la carga de la prueba si realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora luego en conjunto su resultado, tornándose innecesaria la carga de la prueba respecto de los hechos de la demanda reconocidos expresa o tácitamente por el demandado... Cuando hay en los autos demostración de un hecho o de varios (como ocurre con la acción u omisión y el daño en estos autos) no entra en juego la doctrina del “onus probandi”, supuesto en que no importa quién la haya llevado a los mismos»; criterio jurisprudencial que subraya, de una parte, el principio de apreciación conjunta de la prueba y, de otra, el doctrinalmente denominado principio de aportación indiferenciada o indiscriminada de los hechos conforme con el cual, una vez introducida prueba en el proceso, el juzgador es libre de supeditarla a examen o descubrir en ella fundamentos en aras a conseguir su convencimiento, valorarla en suma, puesto que no se halla sometido a iniciativa de parte, DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, C., *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica*, págs. 29 a 31 —aunque CABEZUDO, págs. 244 y 245, llama a este principio «de adquisición procesal» y DEVIS ECHANDÍA «de comunidad de prueba»-; resultando irrelevante determinar si aquella fue aportada por uno u otro litigante, tal y como se expresa en abundantes resoluciones como sucede, p. ej., STS de 18-04-1989, Sala 1ª, MARINA MARTÍNEZ-PARDO, FD 3º. En el proceso penal sucede lo contrario pues, por lo general, el juez no está vinculado a tenerlos como ciertos y, por ende, los hechos admitidos por los litigantes no se hallan exentos de prueba; salvo en contadas ocasiones como puede suceder en el procedimiento abreviado (art. 779.1.5º LECrim.), de manera que si el imputado reconoce los hechos de un delito cuya pena privativa de libertad no exceda de 3 años, la tramitación puede seguir la prevista para los *juicios rápidos* (convirtiéndose entonces el procedimiento abreviado en juicio de tal clase), TOMÉ GARCÍA, J. A., *Fase decisoria (II). La prueba*, pág. 466.

115 Para CALAMANDREI, los hechos notorios son aquellos cuyo conocimiento «forma parte de la cultura normal propia de un determinado círculo social en el tiempo en que se produce la decisión judicial», referido por CABEZUDO, pág. 250; sobre tales hechos, GÓMEZ ORBANEJA, pág. 303 y 304, para el cual si bien no precisan prueba si requieren ser alegados por las partes.

116 Así, STS de 04-02-1998, Sala 1ª, SIERRA GIL DE LA CUESTA, FJ 1º, los concibe como «datos a los que el Tribunal atribuye por causa de su general conocimiento efectos probatorios. Ahora bien, para que dichos “hechos notorios” puedan actuar en el área probatoria del proceso han de tener unas características rotundas de ser conocidos de una manera general y absoluta», tales como podría ser la producción de una catástrofe o tragedia en un concreto país (un terremoto o inundación, una pandemia, etc.) de la cual se hayan ocupado los diferentes medios de comunicación y sean objeto de general conversación y conocimiento.

117 Acogiendo la clásica distinción entre presunciones *iuris tantum* e *iure et de iure* (anterior art. 1251 CC), clasificación que es meramente teórica, como subraya GÓMEZ COLOMER, J. L., *El nuevo...*, pág. 345, dado que de las presunciones *iuris et de iure* ni un solo ejemplo se puede poner.

118 En el seno procesal, la vigésimo segunda edición del Diccionario de la RAE (en su 15ª acepción) la identifica con la «necesidad de realizar determinados actos para evitar que se produzcan perjuicios para la parte»; presentando los siguientes caracteres: a) Se trata de una carga de ejercicio facultativo, b) Su naturaleza es instru-

una concreta actitud (carga formal) encaminada a eludir las negativas consecuencias que, respecto de su interés privado, se pueden producir por no llevar a cabo tal requisito (carga material) <sup>119</sup>. Pero dadas las diferencias entre el proceso penal y el civil<sup>120</sup>, resulta preciso deslindar las dos jurisdicciones ordinarias, propiamente dichas, a la hora de abordar el *onus probandi*<sup>121</sup> atendiendo, en cuanto a la llamada responsabilidad *patrimonial* de la

---

mental, c) Salvaguarda un interés jurídico propio, y d) Su incumplimiento únicamente acarrea la pérdida de expectativas de obtener una resolución judicial favorable, LUNA YERGA, A., *Regulación de la carga de la prueba en la LEC*, pág. 5.

119 Arranca tal noción de GOLDSCHMIDT, para el cual las cargas son «situaciones de necesidad de realizar determinados actos para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal. Con otras palabras, se trata de “imperativos del propio interés”, CABEZUDO, pág. 242, señalando más adelante como KISCH —quien únicamente se refiere a la carga de la prueba formal o subjetiva— estima que «la necesidad de probar, para vencer, se llama carga de la prueba». Por su parte, en los países del *Common Law* se diferencia entre, de un lado, *burden of persuasion, legal burden, risk of non-persuasion* o *probative burden* —carga de la persuasión o «de persuadir al juzgador de que un hecho alegado es verdadero»— y, de otro, *burden of production, production burden* o *evidential burden* —esto es, la carga de la producción, carga «de aportar al proceso de manera satisfactoria la prueba sobre ese hecho particular en estudio»—, LUNA YERGA, págs. 2 y 3.

120 Concebido este último como *Sache der Parteien* (art. 216 LEC, rubricado “Principio de justicia rogada”), merced a los principios dispositivo (*Dispositionsprinzip* o dominio por las partes del interés privado, que responde a los postulados *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio* y *ne eat iudex ultra petita partium*) y de aportación de parte (*Verhandlungsmaxime*, esto es, la introducción y prueba de elementos fácticos que basan las respectivas pretensiones se configuran como tareas que, en principio, sólo a las propias partes incumbe, reflejándose en los axiomas *da mihi factum, dabo tibi ius; quod non est in actis, non est in mundo*, e *iudex iudicat secundum allegata et probata partium, non secundum conscientiam* suma lo cual, paradójicamente, puede acarrear que el dato inyectado y demostrado en el litigio por un litigante, lejos de venir a auxiliarle para el favorecimiento o éxito de su pretensión, se vuelva contra él, perjudicándole) incorporados, sobre todo, por la desconfianza que a finales del siglo XIX reinaba hacia los poderes públicos, por todos, GÓMEZ ORBANEJA, págs. 211 a 217 y 301. En consecuencia, en el proceso civil corresponde a las partes la iniciativa de la actividad probatoria (art. 282 LEC) no siendo, con carácter general, admisible la investigación de oficio —al contrario de lo que sucede en el proceso penal, donde se persigue alcanzar la verdad *material* de los hechos—, aunque tal rasgo se ha mitigado con la vigente LEC (p. ej., párrafo 2º de su art. 429.1) —y respecto del procedimiento administrativo ordinario, vid. núms. 2 y 3 del art. 33 o del art. 61.1 LJCA/1998—, desvelándonos MONTERO, pág. 265, que dicho aumento de las facultades judiciales derivan de las enmiendas presentadas y admitidas al Proyecto de Ley, que no las recogía, y se prevé ahora «cuando la llamada “publicización” del proceso civil está en franca retirada en todo el mundo. Frente a lo que la doctrina sostenía hace unas décadas, hoy se está admitiendo que en este proceso no deben aumentarse las facultades del juez, pues ese aumento responde a una concepción política autoritaria».

121 El cual se resuelve en la cuestión de acordar, con arreglo a regla de distribución previa, «qué parte procesal sufre los efectos negativos, para el éxito de su pretensión, del hecho no probado con la suficiencia necesaria para formar en el órgano jurisdiccional la convicción de su certeza», de lo cual se desanuda que el *onus probandi* adquiere sentido tras la conclusión del periodo probatorio —«como medio de valorar los resultados de la prueba»—, que tal operación en nada alcanza a los hechos plenamente probados —«en cuanto sean conductentes con lo debatido»— sino sólo a aquellos otros que resulten dudosos o inciertos por escasez o insuficiencia de la prueba practicada y que, por último, el citado *onus* se concretiza en la «atribución de las consecuencias perjudiciales de la incertidumbre del hecho a una de las partes», asignación basada en criterios de lógica jurídica y máximas de la experiencia que, en ocasiones, aparecen recogidas en reglas legales de distribución de la carga de la prueba, ALMAGRO NOSETE, J., *Teoría general de la prueba en el proceso penal*, págs. 29 y 30; pudiéndose citar el art. 717 LECrim. cuando se refiere a la apreciación de las testificales “*según las reglas del criterio racional*”.

Administración<sup>122</sup>, tanto a lo previsto en el art. 60.4 como en el apartado 12º del art. 78 de la LJCA de 13-07-1998<sup>123</sup>.

### III.1. Carga de la prueba en el proceso penal y responsabilidad médica

En el proceso ordinario por delitos, pese a la opinión de aquellos que sostienen que sólo cabe hablar de *onus probandi* cuando corresponda a las partes probar (lo que no sucede en este campo, caracterizado por regir el principio de investigación de oficio)<sup>124</sup>, la concesión de poderes al órgano jurisdiccional en orden a determinar la práctica de la prueba resulta ser claramente superior con respecto de lo que acontece en el proceso civil (así, arts. 726, 729.2<sup>o</sup><sup>125</sup> o 746.6º LECrim.) interesando, en particular, la carga de la prueba en sentido objetivo o material (esto es, cuando la cuestión se dirige a fijar las consecuencias que deben derivarse de la ausencia de prueba de los hechos alegados)<sup>126</sup>, máxime cuando ostenta una importancia crucial en tal ámbito la previsión contenida en el último inciso del art. 24.2 CE, cuya primera garantía no es sino desplazar aquella carga a las partes acusadoras (públicas o privadas, por regir el principio acusatorio), quienes habrán de procurar desvirtuar tal presunción *iuris tantum* demostrando los elementos constituti-

---

122 Recuerda YZQUIERDO, *Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan), leyes defectuosas y sentencias defectuosas*, pág. 19, nota núm. 18, que nadie debería poner en tela de juicio que la responsabilidad de las administraciones es «una responsabilidad civil, especial por razón del sujeto responsable. Sometida a reglas de Derecho administrativo, desde luego, pero en lo que es toda su edificación dogmática, cuantas nociones se manejan (conceptos de daño, causalidad, reparación, etc.) son absolutamente tributarias de la tradición del Derecho de daños más común. Además, ¿qué se añade con eso de patrimonial? ¿Acaso no es patrimonial la responsabilidad del conductor de un vehículo, la de los padres por los daños causados por sus hijos menores o la del fabricante de un producto defectuoso?», reputando innecesaria dicha adjetivación; concluyendo ARQUILLO COLET, B., *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria*, pág. 22 a 24, que en la esfera de la Administración pública sanitaria los criterios de la Sala 1ª y 3ª resultan coincidentes «por lo que el intento del Legislador de establecer diferentes regímenes en función de quien es el causante del daño no tiene reflejo en la práctica», con cita de diversas resoluciones, siendo regla general de la Sala 3ª TS atender a que si no se aprecia negligencia no hay tampoco relación de causalidad y, por ende, no resulta aplicable el estándar de responsabilidad objetiva.

123 Preceptos que no vienen sino a confirmar lo señalado en el párrafo 8º, apartado III del preámbulo de la LEC, subsidiariedad de la Ley de Ritos plasmada, en particular, en su art. 4.

124 Posturas simplistas y subjetivistas en demasía del *onus probandi* reprochadas por ALMAGRO, págs. 30 y 31, que «no responden, por supuesto, a nuestros procesos», siendo el ordinario por delitos, sustancialmente, un proceso acusatorio —sin acusación, pública o privada, no hay juicio— donde la *ratio* de la carga de la prueba es indisoluble de la presunción de inocencia.

125 Aunque, en relación con este concreto precepto, la Sala 2ª del TS ha declarado algunas veces que contraviene el principio acusatorio al convertir al Tribunal «en acusador o defensor según que la prueba acordada sea de cargo o de descargo», perdiendo el Tribunal su “imparcialidad objetiva”, postura criticada por TOMÉ, págs. 495 y 496, por obviarse el principio de oficialidad y confundir el principio acusatorio con el dispositivo del ámbito civil.

126 Es decir, se precisa determinar las consecuencias correspondientes, positivas o negativas, cuando exista duda sobre la verdad o falsedad de los hechos relevantes a fin de condenar o absolver a aquél a quien se impute la perpetración de algún tipo delictual. No obstante, TOMÉ, págs. 477 y 478, subraya cómo nuestro Alto Tribunal, en recientes pronunciamientos, parece sostener la utilidad de la carga de la prueba en sentido formal o subjetivo dentro del proceso penal, con cita de SSTs de 03-02 y 09-02 de 1995, esto es, «distribución entre las partes de la incumbencia de probar cierto tipo de hechos» o, como señala ALEMAN, pág. 20, «la necesidad («interés») de probar por quien le favorezca y dentro del proceso, los presupuestos de hecho de las normas invocadas con la finalidad de no ser vencido cuando la prueba de los hechos es inexistente o insuficiente» (sosteniendo, págs. 22 y 23, que en el proceso penal no cabe hablar de carga formal de la prueba, principalmente, por aplicabilidad inmediata del derecho a la presunción de inocencia).

vos de la pretensión que sostengan<sup>127</sup>. Sin entrar a profundizar por meros motivos sistemáticos, no hemos de identificar este derecho fundamental (así se recoge en la Carta Magna y lo declara abiertamente nuestro TC) a la presunta inocencia<sup>128</sup> con el principio jurisprudencial *in dubio pro reo* —adscrito al instante de la valoración probatoria<sup>129</sup>, operando siempre que concurra una actividad probatoria indispensable y, además, exista alguna duda racional sobre la efectiva concurrencia de los requisitos objetivos y subjetivos integrantes del tipo penal de que se trate—, aún constituyendo ambas formulaciones del ancho *favor rei*<sup>130</sup>, informador del marco penal<sup>131</sup>.

---

127 Vid. al respecto, MONTAÑÉS PARDO, M. A., *La presunción de inocencia*, págs. 81 y 82, recordando que la misma, págs. 37 a 42, no es verdadera presunción sino que su triple función consiste en constituir: a) garantía básica del proceso penal, b) regla de tratamiento del imputado durante el proceso y c) regla referida a la prueba; con cita de VEGA TORRES y numerosa jurisprudencia; también ALMAGRO, págs. 19 y 20, considera que tal presunción «donde, verdaderamente, despliega sus exigencias es en materia probatoria al atribuir todo el peso de la carga de la prueba a la acusación, reclamando del órgano judicial para ser destruida un pleno convencimiento de la culpabilidad del acusado si se determina su condena», calificándola, pág. 32, de derecho subjetivo público.

128 Desplegando su eficacia tanto cuando concurre una carencia absoluta de pruebas, como cuando las practicadas no reúnan las debidas garantías procesales (art. 11.1 LOPJ, en el cual se apoya el art. 287 LEC). La STC 229/1999, de 13-12, Sala 1ª, CASAS BAAMONDE, último párrafo, FJ 4º, compendia los pronunciamientos constitucionales al respecto como sigue: «Partiendo, pues, de que la prueba de cargo es “una actividad que conduce razonablemente a dar por ciertos unos hechos determinados que incriminan al acusado”... y, que, en consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia “se hace necesario que la evidencia que origine su resultado lo sea, tanto con respecto a la existencia del hecho punible, como en todo lo atinente a la participación que, en él, tuvo el acusado”... de forma que “la inocencia de que habla el art. 24 de la Constitución, debe entenderse en el sentido de no autoría, no producción del daño o no participación en él”...», el examen de la existencia de prueba de cargo, una vez constatado que se practicaron pruebas y que se obtuvieron con todas las garantías... requiere: verificar, primero, que las pruebas o alguna de ellas hayan tenido por objeto los hechos que se atribuyen al acusado y la intervención misma de éste en ellos, pues si las pruebas practicadas no versaron o carecen de virtualidad genérica para acreditar ambos extremos ni siquiera puede entenderse que haya existido prueba; y comprobar, después, que la prueba tenga carácter incriminatorio del acusado, esto es, que pueda servir para fundar el juicio de culpabilidad y, por consiguiente, sostener una condena penal. Todo ello, no obstante, con independencia del peso que a cada prueba, en sí misma considerada y en su consideración conjunta, pueda asignársele en orden a sostener la condena, y con independencia, también, del control que pueda ejercer este Tribunal, desde la perspectiva del resultado de la valoración, acerca de la razonabilidad del nexo establecido por el órgano judicial entre la prueba y la atribución de responsabilidad criminal al acusado...», dado que por más que el órgano jurisdiccional de instancia sea soberano en la libre apreciación de la prueba... la función del Tribunal Constitucional cuando se alega la presunción de inocencia consiste, precisamente, en verificar si ha existido esa actividad probatoria suficiente de la que se pueda deducir la culpabilidad del acusado».

129 TOMÉ, pág. 478, siguiendo a GÓMEZ ORBANEJA: «la falta de la prueba de la culpabilidad equivale a la prueba de la inocencia», o sea, ante la duda se falla a favor del acusado; para CORTÉS, pág. 250, el *indubio pro reo* es una regla de juicio, pues señala al juzgador cómo ha de dictar resolución en los casos en los que «no se haya satisfecho su curiosidad probatoria. Dictar la libre absolución del procesado cuando existe duda sobre su culpabilidad es tan regla de juicio como la que se recoge en el artículo 217 para el procedimiento civil».

130 STC 44/1989 de 20-02, Sala 1ª, RODRÍGUEZ-PINERO, FD 2º, añadiéndose que, desde la óptica constitucional, «la diferenciación entre la presunción de inocencia y la regla “in dubio pro reo” resulta necesaria en la medida que la presunción de inocencia ha sido configurada por el art. 24.2 CE como garantía procesal del imputado y derecho fundamental del ciudadano protegible en la vía de amparo, lo que no ocurre propiamente con la regla “in dubio pro reo”, condición o exigencia “subjetiva” del convencimiento del órgano judicial en la valoración de la prueba inculpativa existente aportada al proceso. Es cierto que la distinción entre medio probatorio y resultado probatorio no puede ser tan radical en cuanto que la presunción de inocencia es también una “regla de juicio” a favor de ella que obliga a decidir a favor de la presunción de inocencia cuando no existan pruebas de las que puedan deducirse la culpabilidad, esto es, pruebas de carácter inculpativo». Sobre la referida discriminación, MONTAÑÉS, págs. 45 a 49; no obstante considera ALMAGRO, págs. 32 y 33, que el principio interpretativo *in dubium pro reo* es «manifestación diáfana del derecho a la presunción de inocencia» —con mención de diversa jurisprudencia—, aunque reconoce que la indeterminación del TC al diferenciarlos descubre «la falta de unanimidad acerca de esta materia».

131 En contra, p. ej., MONTAÑÉS, pág. 45, señalando que la presunción de inocencia no es formulación del *favor rei* por desconectarse este último de la inocencia del imputado (aunque, reconoce, se halla en estrecha conexión con ella).

El ejercicio de la profesión médica constituye, por lo general, una actividad generadora de riesgo —más no originado, general e inicialmente, por el galeno por cuanto el mismo suele preceder a la acción— para la vida e integridad de los pacientes, particularmente cuando estos últimos se someten a un tratamiento o intervención de carácter quirúrgico susceptible de arribar a un resultado antijurídico de tales bienes, adquiriendo una importancia capital la valoración del comportamiento del facultativo —cosa nada fácil por cierto— en orden a concretar su eventual responsabilidad penal la cual, mayoritariamente, gira en torno a la apreciación de su culpa o negligencia<sup>132</sup> y, en su caso, si ésta última ha sido la desencadenante (requiriéndose una indubitada relación causal) del resultado lesivo provocado al enfermo<sup>133</sup>. Al margen de la presunción de inocencia, sabemos que en Derecho Penal predominan los principios de intervención mínima y de culpabilidad<sup>134</sup> que desbaratan cualquier tendencia objetivadora de la responsabilidad (al contrario de lo que acontece en el ámbito civil cuando se interesa depurar responsabilidades conectadas con actividades de riesgo u otras que acepten tal interpretación) por lo cual, producido un resultado dañoso tras una específica actuación médico-sanitaria, toda reparación en este orden jurisdiccional exigirá que concurren los elementos que asimismo permitan identifi-

---

132 Como declara la SAP de León de 24-02-2003, Sección 2ª, ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, FD 2º, «En el campo de la medicina y de la sanidad en general, los Tribunales son sensibles con que, a diferencia de otros campos del que hacer humano, no suelen existir reglamentaciones que impongan unas concretas pautas de actuación, por ello la jurisprudencia con no poca frecuencia viene insistiendo en las graves dificultades que presenta la exigencia de responsabilidad al médico “porque la ciencia que profesan es inexacta por definición; confluyen en ella factores variables y totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico, que nunca debe caer en audacia o aventura. La relatividad científica del arte médico, —los criterios inamovibles de hoy dejan de serlo mañana—, la libertad, en la medida expuesta, y el escaso papel que juega la previsibilidad, son notas que caracterizan la actuación de estos profesionales...” (STS de 8 de junio 1994 y en el mismo sentido la de 3 de octubre de 1997). Poniendo el acento la doctrina jurisprudencial, a efectos de la apreciación de la responsabilidad penal en los médicos y en el personal sanitario en general, en el carácter descuidado de las conductas de las que resulte un proceder irreflexivo, en la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o en la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para según el estado del paciente actuar, supuesto en el que el reproche de culpabilidad viene dado más que por el error, si lo hubiere, por la dejación, el abandono, la negligencia o el descuido de la atención que aquél requiere (en tal sentido, STS de 13 noviembre de 1992)». Al respecto, MOYA, pág. 152, revela que el fin curativo de la actividad médica excluye la intencionalidad lesiva de la cual derivaría responsabilidad por dolo, «no contando la jurisprudencia del Tribunal Supremo con supuestos significativos de sentencias que enjuicien conductas intencionales lesivas por parte de médicos o personal sanitario»; en la propia línea TRIGO, pág. 131.

133 En esta línea, SAP de Murcia de 11-03-2002, JOVER CARRIÓN, FD 5º, «La jurisprudencia exige no sólo que la conducta del médico se desenvuelva fuera de la denominada “*lex artis*”, sino que exista una adecuada relación de causalidad entre ese proceder descuidado o acto inicial infractor del deber objetivo de cuidado y el mal o resultado antijurídico sobrevenido, lo que impone la traducción del peligro potencial entrevisto o debido prever, en una consecuencialidad real, debiendo hacer hincapié en la relevancia jurídico penal de la relación causal o acción típicamente antijurídica, no bastando la mera acción causal, sino que precisa, dentro ya de la propia relación de antijuridicidad que el resultado hubiese podido evitarse con una conducta cuidadosa o, al menos, no se hubiera incrementado el riesgo preexistente y que, además, la norma infringida se orientará a impedir el resultado (SS. 24 noviembre 1989, 13 marzo 1990 y 29 febrero 1992)».

134 En cuanto al primero, p. ej., párrafo 5º del sucinto preámbulo del CP y respecto del segundo es clara la redacción de los arts. 5 y 10 del propio cuerpo.

car el supuesto fáctico como infracción punible<sup>135</sup> (no sancionándose penalmente aquella posible imprudencia leve que no resulte encuadrable en una conducta típica, delito o falta, art. 12 CP)<sup>136</sup>.

---

135 Manifestándose en el FD 4º de la referida SAP de La Rioja de 20-02-2004, que la imprudencia profesional del médico «presenta siempre graves dificultades para su apreciación, porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la necesaria libertad del médico, que nunca debe caer en audacia o aventura... La profesión en sí misma no constituye, en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni calificativo -no quita ni pone imprudencia—, pero sí puede influir, y de hecho influye para determinar no pocas veces la culpa o graduar su intensidad. La primera modalidad surge cuando se produce muerte o lesiones a consecuencia de impericia o negligencia profesional, equivalente al desconocimiento inadmisibles de aquello que profesionalmente ha de saberse, de modo que esta imprudencia profesional, caracterizada por la trasgresión de deberes de la técnica médica, por evidente inepticia constituye un subtipo agravado caracterizado por un plus de culpa, y no una cualificación por la condición profesional del sujeto, de suerte que a su lado conviven las modalidades comunes de imprudencia, la culpa profesional sin impericia en las categorías de grave-temeraria y de simple, por el orden de su respectiva gravedad (T.S. 2º SS 8 Jun. 1994 y 29 Feb. 1996, en este sentido). Una jurisprudencia abundante respecto a la llamada imprudencia médica ha recordado: a) Que el error en el diagnóstico o en el tratamiento, por regla general, no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable. b) Que queda también fuera del ámbito penal, por la misma razón la falta de pericia cuando esta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional. c) Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas a enjuiciamiento penal, huyendo de todo tipo de generalizaciones. Por ello, y expresando la alta consideración que la medicina y la clase médica merecen por la trascendencia individual y social de su tarea, hay que poner de relieve que la imprudencia temeraria grave nace cuando el tratamiento médico o quirúrgico incide en comportamientos descuidados, de abandono y de omisión del cuidado exigible, atendidas las circunstancias de lugar, tiempo, personas, naturaleza de la lesión o enfermedad, que conduzcan olvidando la *lex artis* a resultados lesivos para las personas (T.S. 2º SS 5 Jul. 1989 y 3 Oct. 1997, en este sentido). Incluso, se ha de tener en cuenta que la práctica de las actividades sanitarias por los facultativos y técnicos correspondientes exige una cuidadosa atención a la *Lex artis*, en la que, sin embargo, no se pueden sentar reglas preventivas absolutas, dada la evolución de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y el diverso factor humano sobre el que actúa, que obliga a métodos y atenciones diferentes. Así, la responsabilidad médica o de los técnicos sanitarios procederá -a efectos de calificar su conducta como imprudencia grave-temeraria penalmente reprochables— cuando en el tratamiento médico o quirúrgico efectuado al paciente se incida en conductas descuidadas de las que resulte un proceder irreflexivo, con falta de adopción de cautelas de generalizado uso o en ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso en el estado del paciente, aunque entonces el reproche de culpabilidad viene dado, en estos casos no tanto por el error, si le hubiere, sino por la dejación, el abandono, la negligencia y el descuido de la atención que aquel requiere, siendo un factor esencial para tener en cuenta, a la hora de establecer y sopesar el más justo equilibrio en tal delicado análisis, el de la propia naturaleza humana, que de por sí sufre el desgaste de los años o el deterioro, más o menos sorprendente, de la personalidad fisiológica, avocada, antes o después, al resultado lesivo, cualquiera que sean las técnicas, los avances o las atenciones prestadas». En similar línea SAP de Madrid de 24-07-2000, Sección 16ª, LAMELA DÍAZ, FD 1º.

136 Como a principios de 2004 destaca URIOSTI, R. (con motivo de una Jornada sobre introducción a la responsabilidad del MIR celebrada en el Colegio de Médicos de Madrid), «El 90 por ciento de las reclamaciones penales contra el MIR acaban archivándose porque los actos médicos que se enjuician no cumplen los requisitos para ser considerados como un ilícito penal», reputando en el propio foro RAMOS, A., que la historia clínica —definida en el art. 3 LBAP-DOID como «conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial» y de la que se ocupa su Capítulo V (arts. 14 a 19)— constituye la «mejor defensa del médico y que nunca se debe modificar una historia que está siendo revisada por los jueces», vid. sección «Profesión», en <http://www.diariomedico.com>, de 18-02-2004; no debiéndose omitir tampoco la importancia que en tal sede ostenta la Medicina Legal —como ciencia biológica estrechamente conectada con el Derecho Penal, refiriéndose a los médicos forenses los arts. 343 y ss. LECrim.—. De otra parte, no sobra recordar que las resoluciones penales no prejuzgan en el área civil (entre otras, FD 2º, STS de 10-12-1996, Sala 1ª, GARCÍA VARELA).

### III.2. El *onus probandi* en el proceso civil: doctrina general

En el momento de proceder el juzgador civil a valorar las pruebas practicadas ha de atender si resultan o no acreditadas las afirmaciones fácticas vertidas por los contendientes y, en todo caso, deberá decidir el asunto al no poder dictar sentencia de *non liquet* (arts. 1.7 CC, 11.3 LOPJ y párrafo 2º del art. 218.1 LEC)<sup>137</sup>. Será precisa entonces una *regla de juicio* (carga material, art. 217.1 LEC) que apunte al juzgador en cuál dirección debe resolver, concretando a qué parte le correspondía haber acreditado, en el momento procesal oportuno, la afirmación fáctica que resulta incierta o, en otras palabras, a quién incumbía el *onus probandi* de tal afirmación que no resulta demostrada (lo que, por fuerza, beneficiará a uno de los litigantes y perjudicará a otro). La doctrina del *onus probandi* se reduce, por consiguiente, a determinar qué litigante soportará el perjuicio emanado de haber quedado dudosos o inciertos aquellos hechos jurídicamente relevantes para la decisión del litigio (derivando de la más elemental justicia distributiva)<sup>138</sup>, lo cual viene a solucionar el problema al juez<sup>139</sup>. En suma, las principales, generales<sup>140</sup> y conocidas reglas de reparto o distribución son las que siguen (carga formal)<sup>141</sup>:

---

137 Ello sin omitir la responsabilidad penal en que, en caso contrario, pudiese incurrir derivada del art. 448 CP. Para SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios al Código...*, pág. 48, es la prohibición de *non liquet* (art. 1.7 CC) la que fundamenta la carga de la prueba, limitándose el anterior art. 1214 CC —actual art. 217 LEC— «a proporcionar al Juez la regla de juicio que le ayude a determinar su resolución en los casos de ausencia de prueba».

138 Sobre el alcance de la carga de la prueba STS de 19-02-1945, recogida por GÓMEZ ORBANEJA, págs. 306 y 307, concluyendo tal carga implica, en definitiva, un reparto entre las partes de los inconvenientes de dicha incertidumbre, exigencia —con cita de HELLOWING y CHIOVENDA— de justicia distributiva, correlativa al principio de igualdad. En similar línea, CORTÉS, pág. 253, ORTELL, pág. 409; aunque DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, pág. 301, considera que el *onus probandi* tiene como precedente, no siempre necesario, el levantamiento de la *Behauptungslast* —o *carga de la alegación*—: «A quien tiene la carga de probar unos hechos le corresponde también, antes, alegarlos», aunque el *onus probandi* opera aunque los hechos sean afirmados por quien no tenía la carga de hacerlo (principio de adquisición).

139 Lo que exterioriza una importancia capital, por cuanto si no aparece acreditado un hecho relevante para la aplicación de la norma correspondiente ésta no podrá aplicarse y, por consiguiente, en la sentencia o resolución similar no le será dable al juzgador aplicar la consecuencia jurídica que la misma acarrearía de haber resultado probado, suponiendo nocivas repercusiones respecto de aquél que tuvo que *cargar* con la demostración de su afirmación y no lo hizo. Por ello cabe afirmar que las reglas distributivas del *onus probandi* constituyen tanto una cuestión de dogmática procesal como un problema sustantivo de Derecho privado al disponer reglas de enjuiciamiento ante una específica insuficiencia probatoria, LLAMAS, *Responsabilidad...*, pág. 306, siguiendo a LORENZETTI.

140 Siendo especial la contemplada en el art. 217.4, reenviando a otras particulares el ordinal 5.

141 Procedentes de la interpretación jurisprudencial que, desde antaño, se venía realizando respecto del art. 1214 CC (iniciada en STS de 03-06-1935, adoptando tal línea jurisprudencial las SS. de 28-10-1972, 24-06— y 08-11 de 1974, 22-02-1975, 16-02-1976, etc., SERRA, *ibidem*), afirmándose en STS de 17-10-1983, Sala de lo Civil, MARTÍN-GRANIZO, Considerando 1º, que «el principio recogido en el art. 1214 del C. Civ. de que la prueba de las obligaciones incumben...ha de ser entendido en el sentido de que al actor le basta con probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho, pues si el demandado no se limita a negar aquéllos sino que alega otros con objeto de impedir, extinguir o modificar el efecto jurídico pretendido en la demanda, tendrá que probarlos, de la misma forma que habrá de acreditar también aquéllos eventos que por su naturaleza especial o su carácter negativo no podrían ser demostrados por la parte adversa sin grandes dificultades, todo lo cual produce como lógica consecuencia, que en términos generales, cuando se invoca un hecho que sirve de presupuesto al efecto jurídico que se pretende y el mismo no ha sido probado, las consecuencias de esa falta de prueba, que en definitiva, equivale a tener el hecho por inexistente en el proceso, debe soportarlas aquél sobre quien, de acuerdo con lo expuesto, pesaba la carga de su demostración». Como subrayan ORTELL, pág. 411, DE LA OLIVA, pág. 304, o MONTERO, pág. 268, puesto que las reglas de la carga de la prueba son indisponibles para las partes (*ius cogens*), será nula toda regla convencional dirigida a su alteración (cosa distinta será que, negocialmente, se modifiquen la calidad de los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes, pudiendo entonces resultar alterada la atribución de la carga de la prueba sin merma de la norma que la atribuye).

1ª. — Al actor o, en su caso, demandado reconviniendo le incumbirá probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda o reconvencción (art. 217.2 LEC) <sup>142</sup>.

2ª. — Al demandado o, en su caso, al actor reconvenido, le corresponderá la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos constitutivos de contrario alegados (artículo 217.3)<sup>143</sup>.

En este sentido se declara que, tal y como «enseña la jurisprudencia, corresponde la carga de la prueba, en el sentido de pechar con las consecuencias de su falta, al litigante que enuncia el hecho y al que conviene, en su interés, aportar los datos normalmente constitutivos del supuesto de hecho que fundamenta el derecho que postula, y lógicamente, por lo mismo, que corresponderá la prueba al oponente o a la parte que contradiga aquel hecho si esta contradicción presupone introducir un hecho distinto, ora totalmente opuesto o negador del contrario, bien limitativo o restrictivo del mismo, es decir, siempre que no se limite a la mera negación de los hechos opuestos —sentencia de 12 de abril de 1996— (sentencia del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1981). En definitiva, el artículo 1.214 del Código civil se vulnera si, como ocurre en el caso, el Juzgador invierte las reglas del “onus probandi” (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre de 2001, 5 de junio de 2002 y 22 de noviembre de 2002), al parificar las consecuencias de la insuficiencia probatoria, sin obligar a soportar sus efectos negativos a la parte que debiendo probar no lo hizo»<sup>144</sup>.

Las reglas anteriores se deben completar en cada caso por el juzgador atendiendo a los criterios de normalidad y facilidad probatoria<sup>145</sup> derivados de la posición de cada parte en relación con el efecto jurídico pretendido, puesto que sólo el juez puede determinar casuísticamente la sentencia que ha de dictar ante una manifiesta insuficiencia probatoria (art. 217.6

---

142 Por cuanto a ellos compete acreditar los hechos constitutivos de sus pretensiones, lo cual se halla en consonancia con las incompletas fórmulas *necessitatis probandi incumbit ei qui agit* y *actori incumbit probatio*.

143 O sea, a estos compete acreditar los hechos impeditivos, extintivos y los excluyentes (excepciones), tesis formulada por CHIOVENDA, recogida en el art. 2697 del CC italiano y predominante en la jurisprudencia hasta época reciente, SERRA, pág. 61, lo que está en armonía, también parcialmente, con la insuficiente máxima *reus in excipiendo fit actor*.

144 STS de 02-12-2003, Sala 1ª, ALMAGRO NOSETTE, FD 1º, consideraciones aplicables a los tres primeros núms. del actual art. 217 LEC.

145 Pauta, con algunas matizaciones, apuntada con anterioridad por SERRA, pág. 65, lo que permite que el juzgador tenga presente determinadas circunstancias de la actuación probatoria del proceso que resulten trascendentes para modificar la atribución del *onus probandi*, ORTELL, pág. 411. Como sostiene CORTÉS, pág. 254, el art. 217.6 LEC tolera que el juzgador utilice la conducta procesal de las partes como criterio de valoración de las pruebas, de manera que antes de aplicar la regla de juicio debe apreciar tal conducta advirtiendo qué parte «tenía la posibilidad de probar, más fácilmente, la verdad o la incerteza de un hecho, con independencia de quien, de acuerdo con las normas establecidas en el art. 217.2 y 3, tuviera la carga de la prueba, en modo tal que el órgano judicial debe analizar quién ha llevado a cabo la actividad probatoria y en qué condiciones de dificultad la ha llevado a cabo», determinando así si se ha realizado la actividad probatoria, pese a las enormes dificultades, o bien se ha actuado pasivamente respecto de la práctica de la prueba con base en la inexistencia de la carga, con desprecio de la facilidad probatoria del hecho contrario. Expresiones del principio de facilidad y disponibilidad probatoria la constituyen en la *Waffengleichheit* germana —que supone «igualdad de tratamiento de las partes en el proceso de responsabilidad, exige que el médico posibilite al enfermo la prueba de su pretensión»— y, en especial, la referida obligación de documentación (*die ärztliche Dokumentationspflicht*), CABANILLAS, pág. 911.

LEC, criterios que ya se venían aplicando por nuestros tribunales, conectándose con los arts. 24 y 118 CE)<sup>146</sup>.

Hasta aquí las comunes reglas que abarca la llamada *regla de juicio* de la carga de la prueba, concebida como instrumento que el ordenamiento ofrece al juez a fin de señalarle, en los supuestos de inseguridad fáctica, cuándo su resolución debe ser absolutoria o cuándo condenatoria, mecanismo lógico que requiere la existencia de duda tras el desarrollo de una mínima actividad probatoria en el proceso y que, en principio, resulta indisponible tanto para los litigantes como para el propio juzgador<sup>147</sup>. No obstante, ello no significa que tales pautas sean absolutas, puesto que una aplicación estricta de las mismas podría originar situaciones inaceptables<sup>148</sup>; de ahí que el art. 217.5 LEC tolere la posibilidad de establecer un sistema especial de *onus probandi* para casos particulares, dando lugar a modificaciones y exoneraciones legales de la carga de la prueba. Es más, sin necesidad de esta última previsión, las reglas generales (art. 217.2 y .3 LEC) pueden verse modificadas por otras leyes, a veces por la jurisprudencia e, incluso, puede suceder que resulten afectadas por la voluntad de los litigantes,

---

146 STC 7/1994, de 17-01, Sala 1ª, RODRÍGUEZ-PINERO, FD 6º, párrafo 2º —y las que cita—: «cuando las fuentes de prueba se encuentran en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (art. 118 CE) conlleva que dicha parte es quien debe aportar los datos requeridos, a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad. Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión contraria al art. 24.1 CE, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa... Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza». LLAMAS, *Responsabilidad...*, pág. 313, encuadra tales criterios en la llamada «distribución dinámica de la prueba». En la propia dirección, STS de 02-12-1996, Sala 1ª, ALMAGRO NOSETE, FJ 1º (resolutoria de la casación formulada frente a SAP de Asturias, Sección 6ª, en asunto relativo a un parto que provocó fuerte hemorragia a la embarazada la cual quedó inválida, considerando preciso el tribunal de instancia practicar prueba pericial para mejor proveer, pues la que debió hacerse en el período probatorio ordinario no se pudo ejecutar ante una negativa sospechosa de los peritos médicos que habían sido propuestos por las partes), «inexorablemente va abriéndose camino en esta materia de responsabilidad médica la tesis de no hacer recaer exclusivamente sobre la parte perjudicada la carga absoluta de la prueba, a menos que se quiera, en no pocos casos, dejarla prácticamente indefensa por la dificultad de encontrar profesionales médicos que emitan un informe que pueda, en algunos casos, ser negativo para otro profesional de su misma clase. Por ello va reafirmando el que el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión».

147 De modo que las partes «no impedirán su utilización en los supuestos de hecho incierto, ni tienen resortes para modificar su estructura y contenido, hasta el punto de que esta Sala... ha declarado que sólo se permite el recurso de casación por infracción del artículo 1214 en los supuestos en que el órgano judicial modifique, altere o invierta la estructura de la mencionada “regla de juicio”», STS de 24-05-1999, Sala 1ª, GARCÍA VALERA, penúltimo párrafo, FJ 6º.

148 Como expresa MONTERO, *ob. cit.*, págs. 269 y 270, las reglas sobre el reparto de la prueba son variables en atención a las circunstancias de cada caso; declarándose en STS de 19-11-1990, Sala 1ª, GONZÁLEZ POVEDA, FJ 3º (recaída en asunto sobre nulidad contractual de compraventa de local comercial), «de acuerdo con la doctrina jurisprudencial sobre la carga de la prueba en orden a quien tiene que sufrir las consecuencias de no haber agotado su derecho a probar, en cuanto afirma que no se trata de la aplicación de unos principios inflexibles, sino que dependen de la naturaleza del debate la disponibilidad y la realidad de la prueba, sentencias de 23 de abril de 1986, 24 de abril de 1987, 15 de junio de 1988 y 23 de septiembre de 1989, entre otras».

pero en ninguno de tales supuestos la excepción afecta a la regla del juicio, sino al modo de fijar o completar dicha regla<sup>149</sup>.

Supuesto distinto lo constituye la mal llamada *inversión* del *onus probandi* que, *stricto sensu*, sólo resultará posible convencionalmente cuando la norma dispositiva que resulte aplicable lo permita<sup>150</sup>, pero nunca legal ni jurisprudencialmente por lo ilógico del diseño<sup>151</sup> (pese a que no pocos pronunciamientos se refieran a la misma) dado que su admisión equivaldría reconocer interpretaciones del Alto Tribunal *contra legem* o, en su caso, la concurrencia de dos normas contradictorias reguladoras de la propia actividad que brindarían al juzgador dos criterios contrapuestos de distribución del *onus probandi* aplicables al mismo asunto<sup>152</sup>.

---

149 CORTÉS, págs. 254 y 255, poniendo de relieve que cuando la ley dispone presunciones legales o las partes se valen del «juego presuntivo» tiene lugar una salvedad al principio general —se altera el tema de la prueba y, por tanto, se modifica el objeto del *onus probandi*—, refiriéndose también al art. 10.1 bis de la Ley 26/1984, de 19-07 (“El profesional que afirme que una determinada cláusula ha sido negociada individualmente, asumirá la carga de la prueba”) o a cuando el TS establece la responsabilidad objetiva respecto del art. 1902 CC, en realidad lo que se provoca «es una exoneración de la carga de la prueba, al considerarse que los hechos demuestran por sí mismos, y *prima facie*, un principio de responsabilidad... En definitiva, sea por voluntad de la Ley, sea por aplicación de una determinada doctrina jurisprudencial o por voluntad concorde de las partes, es posible modificar el sistema de carga de la prueba estableciendo exoneraciones de la misma. Quizá todo es manifestación de la aplicación del criterio de la facilidad probatoria».

150 Serían casos de *inversión* convencional —señala CORTÉS, pág. 257— cláusulas del tipo «que dice ser», «peso desconocido» u otras análogas que, conforme a ley, se podrían introducir, p. ej., en los conocimientos de embarque en materia de transporte terrestre, las cuales modificarían el supuesto de hecho del art. 353 CCo, provocando que incumba, llegado el caso, al cargador-actor probar que lo indicado en el conocimiento es exacto (mientras que de ordinario, excluidas tales cláusulas, sería el porteador a quien correspondería demostrar la inexactitud o falsedad de las indicaciones incorporadas en el conocimiento); también ORTELL, págs. 411 y 412.

151 Piénsese lo ridículo que podría resultar, p. ej., en el marco de un contrato de servicios médicos que el facultativo-demandado hubiera de acreditar la relación contractual que le vincula, en su caso, con el paciente, el daño originado al mismo, la infracción de su *lex* (en particular, no haber obrado con la diligencia exigible), así como el iter causal entre la lesión ocasionada y su propia actuación; mientras que al paciente-actor le incumbiría la demostración de los hechos impositivos, extintivos o excluyentes de la pretensión resarcitoria perseguida con su reclamación (como podría ser la acreditación de la diligencia empleada por el profesional frente al cual se dirige en el específico supuesto, esto es, su atemperación a la *lex artis ad hoc*). Ello sí sería verdadera, y absurda, *inversión* de la regla de juicio. Compartimos, con ALBALADEJO, *La presunción de culpa en la responsabilidad extracontractual*, págs. 24 y 25, que, al hablar de *inversión* del *onus probandi*, en realidad «aunque se entienda que se invierte la carga, no es que se invierta en probar lo mismo, pasando de pedírselo al dañado a pedírselo a quien dañó, sino que se libera al primero de la prueba *de la culpa* del segundo y se pasa a pedir a éste la prueba de *que no tiene culpa*, prueba que es pues *de todo lo contrario* que la otra, y no la misma prueba trasladada a otro», matizando que tal *inversión* «sirve tanto para evocar en breves palabras que se cambia al sujeto que ha de probar (el dañado, y no el dañador), como para apuntar de algún modo que se cambia lo que se ha de probar (la culpa en un caso, y la no culpa en el otro)».

152 Además de lo expuesto en la nota núm. 141, *in fine*, y en la precedente, vid. CABEZUDO, págs. 270 a 273, para el cual «el fenómeno de la inversión de la carga de la prueba constituye sólo una especie del género “modificación de la carga de la prueba” que lo engloba, conviviendo con otros fenómenos que no comportan, en sus justos términos, una inversión sino, más bien, como su nombre indica, una “revelación” o “exoneración” de prueba para algunas de las partes, un desplazamiento en el tema de la prueba que tienen asignado, o una mera modificación, en sentido estricto»; también CORTÉS, págs. 256 y 257, DE LA OLIVA, pág. 304, o ALEMÁN, pág. 22 —«La parte a quien en principio correspondería la carga de la prueba puede verse exonerada de la misma; y quien estaba libre, soportar la carga. A ello se le ha venido a llamar con carácter unívoco, pero erróneamente, “inversión de la carga de la prueba”. Sólo nos encontramos ante la verdadera “inversión” cuando así lo hayan convenido los otorgantes de un negocio jurídico y la norma aplicable, por su naturaleza dispositiva, tolere el cambio. En este caso, la inversión no afecta a la regla de juicio, a la distribución en abstracto de la carga de la prueba; exclusivamente modifica el supuesto de hecho de la norma material»—.

### III.3. Carga de la prueba y responsabilidad civil del médico

El reparto de la carga de la prueba suscita innumerables problemas (aspecto advertible inicialmente por la propia complejidad práctica de determinar qué se entiende en cada caso por hechos constitutivos —a cargo del actor—, impeditivos, extintivos o excluyentes —de cuenta del demandado—)<sup>153</sup>, pero más aún, si cabe, en el ámbito de las profesiones liberales al cohabitar diversas corrientes, plasmadas jurisprudencialmente e influenciadas por otros tantos principios, que impiden hablar de conclusiones unívocas o pacíficas, de manera singular en sede de responsabilidad médica. En efecto, nuestro Alto Tribunal tiene reiterado hasta la saciedad, posición que se puede reputar tradicional, que:

a) La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener la recuperación de la salud del enfermo, o sea, curarle (obligación de resultado), sino una obligación de medios por cuanto se obliga a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica<sup>154</sup>, por ello su responsabilidad ha de apoyarse en una culpa incontestable, es decir, patente<sup>155</sup>, que desenmascare un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que sea exigible al facultativo superar dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad, por demandar sacrificios desproporcionados o por otros motivos y, una vez sobrevenido el resultado lesivo, será necesario que el mismo no pueda atribuirse a otras circunstancias «como ocurre en el supuesto de enfermedad sometida, según la prueba pericial, a toda clase de complicaciones»<sup>156</sup>, incumbiendo, por ende, la prueba de la negligencia profesional a la parte actora a fin de obtener el resarcimiento de daños y perjuicios.

b) En sede de responsabilidad extracontractual del facultativo a la señalada doctrina se le agrega que no opera aquí la *inversión* de la carga de la prueba, admitida por la Sala 1ª para daños de otro origen<sup>157</sup>, siguiendo a cargo del paciente la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, debiendo de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico o quirúrgico enjuiciado se realizó con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o cien-

---

153 Tal catalogación *chiovendiana* de hechos realmente sólo tiene razón de ser en el proceso y en atención a la carga de la prueba, puesto que «son categorías inexistentes en el derecho material, y la prueba está en la imposibilidad de distinguir, en lo que se refiere a los hechos impeditivos, si estamos ante un hecho impeditivo o ante la inexistencia de un elemento del supuesto de hecho de la norma principal», CORTÉS, pág. 253.

154 Doctrina adoptada por la jurisprudencia francesa desde 1936, afirmándose el carácter, en principio, contractual de la responsabilidad médica y definiendo la naturaleza de la obligación del médico: «Mais attendu qu'il se forme, entre le médecin et son client, un véritable contrat comportant, pour le praticien, l'engagement, sinon bien évidemment de guérir le malade, ce qui n'a d'ailleurs jamais été allégué, du moins de lui donner des soins, non pas quelconques ainsi que paraît l'énoncer le moyen du pourvoi, mais consciencieux, attentifs et, réserve faite de circonstances exceptionnelles, conformes aux données acquises de la science (Civ. 20 mai 1936, préc.)», PENNEAU, *Encyclopédie...*, pág. 35.

155 Doctrina igualmente recibida de la francesa, YUNGANO y otros, *Responsabilidad profesional de los médicos*, págs. 148 y 149 —con cita de DEMOGUE—, aceptada ocasionalmente en Argentina y basada en la inexactitud de la Medicina, inaceptando dicho autor la gradación de la culpa médica. En la propia dirección, TRIGO, pág. 135.

156 Por todas, FJ 3º de STS de 26-05-1986, Sala 1ª, SANTOS BRIZ, reproducida, p. ej., en STS de 12-02-1990, Sala 1ª, ÁLBACAR LÓPEZ, FD 4º, doctrina seguida, incluso, en la citada STS de 10-12-1996, que enjuicia un supuesto de responsabilidad extracontractual.

157 Posición muy criticada por ALBALADEJO, *La presunción...*, pág. 63, calificándola de que carece de fundamento legal, resultando aplicada «según convenga: sí, en el caso general de daño, no, como regla en el daño por acto médico, y sí, por excepción, en el daño desmesurado por acto médico».

tíficas exigibles (vid. nota núm. 83 de este mismo análisis, en evitación de innecesarias repeticiones).

No sorprende, por tanto, que la mayoría de los procesos en los que se aplica esta tradicional y mayoritaria doctrina concluyan con la desestimación de la pretensión resarcitoria del paciente-actor, el cual ocupa una posición más debilitada o agravada por tres principales motivos: 1º) Por lo general, carece de medios para evaluar la actividad desplegada por el profesional, la cual ignora en la mayoría de ocasiones al ser indocto en ciencia médica<sup>158</sup>, resultando exagerado que se le *cargue*, nada menos, con la prueba del daño, de la relación o nexo de causalidad y de la culpa —que no se presume—, «ya que a la relación causal material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico»<sup>159</sup>; 2º) Se sostiene, además, que en los supuestos en que quepa incardinar la relación médico-paciente en la esfera contractual el facultativo no responde por culpa leve, tesis que no halla cobijo alguno en el CC (art. 1104), obviándose tanto que «el campo de la culpa civil es amplio y residual, abarcando cualquier género de negligencia o imprudencia»<sup>160</sup>, como la corriente antes señalada bautizada como *unidad de culpa civil*; y, por último, 3º) El mayor o menor reconocimiento de un encubierto corporativismo profesional que tiene particular incidencia en el colectivo médico, habiéndose subrayado que en los litigios de responsabilidad civil de los médicos late «el problema

---

158 Como señala DÍAZ MARTÍNEZ, A., *Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria*, pág. 63, el *onus probandi* entraña aquí para el actor «una notable dificultad que determina, en no pocos supuestos, la desestimación de su pretensión indemnizatoria», inconveniente advertido con anterioridad por ATAZ, pág. 255.

159 SSTS de la Sala 1ª de 12-07-1988, SERENO VELLOSO, FJ 6º; de 07-02-1990, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FD 3º («la mera relación causal material no es suficiente si no se añade la realidad de un elemento intencional o culposo, sin el cual, en la materia de que se trata, referente a la responsabilidad médica no existe responsabilidad, pues... en el nexo causal entre la conducta del agente y la procedencia del daño ha de hacerse patente la responsabilidad de aquél y su obligación de repararlo; y, bajo otro aspecto, en concreta relación con los profesionales sanitarios, en cuanto, en general, queda descartada en su actuación profesional toda idea de responsabilidad más o menos objetiva, para situarnos en el concepto clásico de culpa en sentido subjetivo, como omisión a la diligencia exigible en cada caso», expresión esta última desafortunada por cuanto la culpa en sí no puede ser jamás objetiva); o de 11-03-1991, MARTÍNEZ-CALCERRADA, FJ 3º —«estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación material o física ha de sumarse el reproche culpabilístico (SS 13 Jul. 1987, 12 Jul. 1988 y 7 Feb. 1990), que puede manifestarse a través de una negligencia omisiva de la aplicación de un medio (STS 7 Feb. 1988), o más generalmente de una acción culposa (STS 22 Feb. 1988), y así lo ha estimado en aquellos casos en que se logró establecer un nexo causal entre el acto tachado de culpable o negligente o la omisión de los cuidados indicados y el resultado dañoso, previsible y evitable (SS 7 Feb. 1973, 28 Dic. 1979, 28 Mar. 1983 y 12 Feb. 1990); cuando, por el contrario, no es posible establecer la relación de causalidad culposa, no hay responsabilidad sanitaria (SS 26 May. 1986, 13 Jul. 1987, 12 Feb. 1988 y 7 Feb. 1990)»—.

160 FD 3º, *in fine*, de la referida SAP de La Rioja de 20-02-2004, añadiendo que, contrariamente, para configurar la imprudencia penal del médico «había de considerarse, aparte de los elementos comunes a ambas, acción u omisión voluntaria pero no dolosa, daño, nexo causal y falta de la previsión debida, factor psicológico o subjetivo y eje de la conducta imprudente, en cuanto propiciador de riesgo es imprescindible la concurrencia de un factor normativo externo, representado por la infracción del deber objetivo de cuidado, ya traducido en normas convivenciales o experienciales, tácitamente aconsejadas y observadas en la vida social en evitación de perjuicios de terceros, ya en normas específicas reguladoras de determinadas actividades.... (Tribunal Supremo, sentencias de 22 de septiembre de 1995, 14 de febrero de 1997 y 19 de febrero de 2000)». Como indica TRIGO, págs. 134 y 135, no cabe ceñir sólo la responsabilidad médica a los supuestos de «culpa grave evidentiísima o inexcusable» por cuanto al estar en juego la vida humana «la menor imprudencia, el descuido o la negligencia más leves, adquieren una dimensión especial, que les confiere una singular gravedad».

básico del corporativismo a la hora de las pruebas», no pudiendo decidir el juez sin valerse de conocimientos técnicos al encontrarse ante una materia respecto de la que es lego completamente, teniéndose que fiar de unos peritos que adolecen de un corporativismo excesivo, «un defecto común no solamente a la profesión médica, sino a otras, incluida la magistratura, por supuesto: Pero hoy se trata de ustedes, mañana se tratará de nosotros, con toda seguridad»<sup>161</sup>.

Y resulta ser, precisamente, esta ingente dificultad probatoria para el demandante (tachable, a veces, de *probatio diabólica* y reconocida, incluso, por los propios órganos judiciales<sup>162</sup>) la que ha propiciado que se generen diversas propuestas normativas y teorías —conformadoras de verdaderos expedientes paliativos de la responsabilidad por culpa— a fin de arribar a una solución similar a la ordinariamente aceptada en la esfera de la responsabilidad aquiliana, procurando desplazar unas veces —que no propiamente *invertir*— el *onus probandi* de la culpa al médico —liberando o exonerando de ello a la parte actora—, lo cual se ensambla con una incrementada severidad en la apreciación de su diligencia. En nuestra opinión, podemos resumir las principales proposiciones en cinco:

1º) En primer lugar la Propuesta de Directiva del Consejo de Europa, de 20-12-1990, pretendió establecer en su art. 1.1 el principio relativo a que “*la carga de la prueba de la ausencia de culpa incumbirá al prestador de servicios*”<sup>163</sup>, proposición que no dejó de ser tal. Un nuevo conato fue plasmado en otra Propuesta de Directiva de 18-01-1991, también retirada, que asimismo versaba sobre la responsabilidad del prestador de servicios<sup>164</sup>.

2º) Un sector de nuestra Sala 1ª parece perseguir objetivizar la responsabilidad del médico, en especial, cuando los servicios prestados lo han sido dentro del organigrama de la administración sanitaria (responsabilidad objetiva, arts. 106.2 CE y arts. 139 y ss. LRJAP-PAC, véase, sin embargo, la nota núm. 122 de este propio trabajo), tendencia que ha llevado a aquél a sostener, unas veces y en contra de la clásica postura mayoritaria, cierta reformulación del

---

161 GULLÓN BALLESTEROS, A., *Información y...*, vol. I, págs. 92 y 93, subrayando las dificultades y trabas con que se halla el órgano judicial a la hora de leer los dictámenes periciales que «o no dicen nada, o dicen siempre —la mayoría de las veces— en contra de la posición del actor». No obstante, sería injusto no subrayar la labor desplegada por los médicos inspectores de los distintos servicios de salud en la instrucción de los expedientes, regulándose el régimen disciplinario del personal sanitario en el Capítulo XII (arts. 70 a 75) de la LEMPE. disciplinarios.

162 Así, SSTs de 02-12-1996, Sala 1ª, ALMAGRO NOSETE, FJ 1º, o de 28-12-1998, Sala 1ª, SIERRA GIL DE LA CUESTA.

163 Referida por LUNA MALDONADO, A., *Responsabilidad civil médica: Sistemas de cobertura de riesgo*, pág. 146, subrayando que recoge «lo que se denomina la inversión de la carga de la prueba, que junto al principio de la responsabilidad objetiva ha suscitado un vivo rechazo de los profesionales». También DÍAZ-REGAÑÓN, pág. 353, se refiere a un Proyecto anterior de Propuesta de Directiva de 27-02-1989, sobre la responsabilidad por servicios, mientras que CABANILLAS, págs. 913 y 914, alude al Anteproyecto de Propuesta de Directiva, de 08-11-1989, sobre responsabilidad por los servicios defectuosos que contemplaba expresamente la asistencia sanitaria, cuyo art. 2 permitía a los estados miembros excluirla del ámbito de aplicación de la norma “*siempre que dicho Estado miembro tenga en funcionamiento en la fecha de exclusión un fondo de compensación de responsabilidad sin culpa para las víctimas de tales daños*”, Anteproyecto que respondía a ciertas sugerencias doctrinales (así, PENNEAU, *La responsabilité médicale*, pág. 307, concluye que «La constitution d'un fonds de garantie et la prise en charge automatique des dommages résultant des accidents corporels occasionnés par l'activité médicale... nous semble être une nécessité»).

164 DÍAZ-REGAÑÓN, págs. 349 y ss., exponiendo las posturas doctrinales en torno a tales textos.

componente subjetivo del art. 1902 CC<sup>165</sup> y, otras, a acudir al dictado del art. 28 de la Ley 26/1984, de 19-07, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios<sup>166</sup> (siendo harto complejo justificar una aplicabilidad conjunta de este último precepto y, a la vez, del art. 1902 CC —que regula una responsabilidad fundamentada en la culpa o negligencia del agente—, lo cual no significaría otra cosa sino admitir, por ridículo que pudiese parecer, que la responsabilidad del médico es, simultáneamente, objetiva y subjetiva). Incluso, de modo similar a lo que sucedió en las reclamaciones por daños derivados de la circulación de vehículos a motor, se propugna la conveniencia de elaborar —hablándose ya de *necesidad*— un baremo específico para los daños sanitarios<sup>167</sup>.

---

165 Por todas, la mentada STS de 28-12-1998, Sala 1ª, FJ 1º, tras aludir a una evolución del mentado precepto expresando que disciplina la obligación surgida de un acto ilícito, «...del cual emana la figura de la responsabilidad o culpa extracontractual —también “aquiliana” por haber sido introducida en el área jurídica por la Ley Aquiliana del siglo III antes de Cristo, figura que, en el fondo y forma, está sufriendo una evolución progresiva, no sólo en el campo de la doctrina sino también en el de la jurisprudencia, y ello debido a dos datos remarcables, como son: a) un sistema de vida acelerado y de enorme interrelación, b) la tendencia a maximizar la cobertura en lo posible las consecuencias dañosas de la actividad humana», reputando que ello conduce irremediamente a una objetivación de la responsabilidad, con la consiguiente pérdida de relevancia, en el ámbito sustantivo, de la teoría culpabilista y, en el ámbito procesal, «la imposición de la inversión de la carga de la prueba». Prosigue la resolución que tal aminoración del reproche culpabilístico, «e incluso de la antijuridicidad, que alguna doctrina moderna rechaza como elemento constitutivo, y dicha inversión de la carga probatoria» supone, no obstante, una ingente ampliación de la obligación *in vigilando* y a un plus en la diligencia normalmente exigible, para venir a centrar el análisis del motivo alegado, «...cuyo núcleo es la infracción del art. 1902 del Código Civil», resultando —se dice— indiscutible que la jurisprudencia del TS, en especial la más actual, se dirige hacia el establecimiento de la responsabilidad objetiva y «...así, como epítome de una doctrina jurisprudencial pacífica y ya consolidada, hay que reseñar la Sentencia de 16 diciembre 1988, cuando dice que “la doctrina de esta Sala no ha objetivado en su exégesis del art. 1902 del Código Civil su criterio subjetivista y sí, únicamente, para su más adecuada aplicación a las circunstancias y exigencias del actual momento histórico, ha procurado corregir el excesivo subjetivismo con que venía siendo aplicado”, y, sigue diciendo “por otra parte, dicha corrección, bien se opere a través de la aplicación del principio del —riesgo—, bien de su equivalente del de —inversión de la carga de la prueba—, nunca elimina en dicha interpretación los aspectos, no radical sino relativamente subjetivista con que fue redactado». Se observa, por tanto, la actual tendencia de transitar hacia una responsabilidad objetiva, en la cual insiste O’CALLAGHAN, pág. 2: «Hace años expuse que la jurisprudencia había pasado de la necesidad de probar la culpa, en una primera fase, a la presunción de culpa o, desde el punto de vista procesal, inversión de la carga de la prueba, segunda fase que se inicia en 1943, y la tercera fase, que comienza en 1981, va decididamente hacia la responsabilidad objetiva».

166 Cuyo ordinal 1º configura un régimen de responsabilidad objetiva, estableciendo su núm. 2: “*En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad*”, entre otros que enuncia, los “*productos farmacéuticos, servicios sanitarios, ... medios de transporte, vehículos a motor...*”; disposición duramente criticada tanto por la mayoría doctrinal —entre otros, CABANILLAS, pág. 912 y 913, o YZQUIERDO, *Productos...*, pág. 8, al reprochar la dualidad de regímenes de responsabilidad por daños que instaura dicha norma legal, por cuanto dispone «uno general (artículo 26) que establece un sistema de responsabilidad *subjetiva con presunción de culpa*, y otro especial (artículos 28 y 30) de responsabilidad severamente objetiva», estimando que «no se ve con claridad como casan entre sí», de ahí que los adjetivos que le han dedicado otros autores de «incompleta», “caótica” y “desordenada” deben ser los más bonitos que se han utilizado—, como por los propios magistrados de las resoluciones en las que se ha llegado a aplicar —véase, en especial, los apartados A y B del razonamiento 3º contenido en el voto particular emitido por MARÍN CASTÁN en STS de 31-01-2003, O’CALLAGHAN MUÑOZ—. No obstante, O’CALLAGHAN, págs. 21 y ss., mantiene la aplicabilidad de esta norma al consumidor cuando haya padecido, «en nexo causal», daños causados por servicios sanitarios, con cita de diversas SSTS.

167 Así, LUNA MALDONADO, pág. 148 —«La necesidad de un baremo que homogeneice la evaluación de los daños además de ayudar a las resoluciones judiciales, permitiría que una de las iniciativas ya iniciadas, como son las comisiones de arbitraje, tuvieran una referencia que agilizaría y facilitaría su trabajo»-; GALLEGU RUESTRA, S., *Prueba y valoración de daños en la asistencia sanitaria*, pág. 447, o SOTO, pág. 4, («El seguro obligatorio —ha manifestado FELISA PARDO— puede ser el primer paso para implantar un baremo en los daños médicos vinculan-

3º) El profesor ALBALADEJO, con apoyo principal en el art. 1183 CC y rechazando la señalada tesis de la *inversión del onus*, mantiene la presunción de culpa del médico y, en consecuencia, el perjudicado-actor sólo ha de probar la autoría de un hecho dañoso (un acto o intervención incorrecta o el indebido o erróneo tratamiento) y la autoría del agente que lo cause (exigida para reclamar daños del ilícito)<sup>168</sup>. Considera que la presunción de culpa del deudor, válida para todas las obligaciones contractuales, sirve también para presumir la culpa de quien cause un daño por acto ilícito «porque en la relación acreedor-deudor contractual y en la de dañado-causante del daño, que también son acreedor-deudor extracontractuales, las cosas son lo mismo en cuanto aquí importa, así que debe aplicarse al que causó un daño por acto ilícito, la misma presunción, de que fue por su culpa, que se aplica al deudor que no cumple»<sup>169</sup>. Claro está, concluye tal profesor, que esta presunción de culpa del autor de un hecho ilícito no contraría la presunción de inocencia<sup>170</sup>, y en una solución próxima a la propuesta se sitúa también ATAZ<sup>171</sup>.

---

te para los tribunales»). Recientemente —con motivo de la inauguración, el pasado 28-10-2004, del XI Congreso Nacional de Derecho Sanitario celebrado en el Colegio de Médicos de Madrid—, el presidente de la OMC (destacando «la urgente necesidad de que los médicos cuenten con un baremo objetivo de daños sanitarios, que limitaría las indemnizaciones fijadas por los tribunales de justicia y evitaría la actual huida de las compañías de seguros»); DE LORENZO (en «los últimos años la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo ha trabajado en la confección de un baremo europeo de daños personales. En su preámbulo se afirma que el sistema de tasas obliga a construir un baremo en un plano de igualdad y de justicia: a secuelas idénticas, tasas idénticas y reparación idéntica») o PUIG DE LA BELLACASA («el Ministerio de Sanidad, a través de una comisión de estudio, se está planteando la posibilidad de elaborar un baremo para los daños sanitarios»), vid. <http://www.diariomedico.com>, de 29-10-2004.

168 *La presunción...*, págs. 35 a 38, añadiendo que «se entiende que no hay o sí hay culpa médica según el facultativo haya ajustado su actuación o no a la *lex artis ad hoc*», subrayando que su postura importa sólo respecto a la responsabilidad por culpa por acto propio, calificando de errónea y equivocada, nota núm. 7, la posición jurisprudencial que exige la *inversión*. Véase también la nota núm. 82 de este propio trabajo.

169 *La presunción...*, págs. 46 y 47, «O, si se quiere, el art. 1183 aplica un principio que a falta de norma distinta, rige también en materia extracontractual»; matizando, págs. 50 a 52, que «Presumir siempre culpable del autor del acto podría parecer que es tan injusto como presumirlo inocente», reiterando que al actor-dañado le bastaría probar dos cosas: a) Que el demandado hizo el acto, y b) Que al hacerlo obró con culpa. Esto es, pág. 57, «la culpa de quien con acto ilícito causa daño a otro, se presume en todo caso, sea culpa médica o no médica, de modo que no tiene que probarla el dañado, sino que para exculparse tiene el agente que probar su inocencia».

170 *Ob. cit.*, págs. 55 y 56. La postura defendida por ALBALADEJO no es compartida por el Alto Tribunal desde el momento que declara: «Sostener, sin más, que siempre se presume la culpa del deudor (médico en el caso de autos) en base al art. 1183 C.c. no es sino simplificar el problema y desconocer que este art. sólo se refiere a las obligaciones de dar al incumplirse, entonces, la accesoria de conservar, ex art. 1094 C.c., mientras que en sede de responsabilidad médica, la prestación de hacer o “facere” profesional o medial (salvo en la singularidad de la cirugía estética, Sent. 28-6-1997, o cuando el resultado dañoso en el paciente sea tan desproporcionado por su gravedad o magnitud, que revela una actuación profesional carente de la exigible diligencia) es inconcusa» (entre otras, STS de 13-04-1999, Sala 1ª, MARTÍNEZ-CALCERRADA, FJ 3º), argumentos —empleados también en STS de 16-12-1997— a los cuales se encarga de responder el primero, *ob. cit.*, págs. 39 y 40. En contra también LUNA YERGA, págs. 13 y 14. Opinamos que cada cual es libre de calificar como desee tal posición (simplista, simplificadora, etc.), pero no cabe duda que resulta sumamente efectiva y el precepto en cuestión ahí está.

171 Al resaltar —con referencia al derogado art. 1214 CC, actual art. 217 LEC—, que cargar al paciente con «la prueba de la falta de diligencia médica es, en la práctica, conseguir que le sea muy difícil alcanzar una sentencia condenatoria. También lo es que no sería justo presumir una culpa médica ante cada fracaso. Por ello, ninguna de las dos soluciones es totalmente satisfactoria, y parece que lo adecuado es exigir al médico la prueba de su diligente cumplimiento y al enfermo la de la ausencia del mismo...: el enfermo ha de probar la existencia de la obligación y su incumplimiento, y el médico ha de probar que cumplió con toda la diligencia exigible», pág. 255, de modo que «la fuerza mayor y el caso fortuito quedan aquí fuera de lugar pues el médico cumple con actuar diligentemente y debe

4º) Otro recurso —y no pocas veces artificio— al cual se suele acudir para que el facultativo no quede *impune* ante una reclamación por daños lo constituye el alegato a que ha inobservado, en el acto o tratamiento específico, su obligación de información, de manera singular en el marco del conocido *consentimiento informado*<sup>172</sup>, hecho constitutivo que al actor le bastaría simplemente con invocar y que provoca (al integrarse en la *lex artis*, como tenemos dicho) que el facultativo *cargue* con la demostración de que no ha sido así (sobre todo, por operar el art. 217.6 LEC, *Waffengleichheit*)<sup>173</sup> o, de haber infracción, que se ha producido dentro de los límites legalmente establecidos (art. 9 LBAP-DOID). Ello ha supuesto que ciertos autores mantengan que si se vulnera, por parte del médico, este deber previo de información emerge, sin más, una imputación «objetiva al médico infractor, del daño sufrido» por el paciente (criterio que nos parece inmoderado, excepto en los casos en que la actividad médica, propiamente dicha, consista en obtener un *opus* y aquellos otros de medicina satisfactiva en los cuales el deber de información se enfatiza por la prescindibilidad o no urgencia de la intervención). En este sentido se afirma que el nexo causal a establecer liga «el incumplimiento del médico obligado a informar a su paciente, con el resultado que supone los daños provocados por el tratamiento o intervención a la que el enfermo es sometido. Y es que en este supuesto el médico priva al paciente de su derecho a la autodeterminación, ejercitando una facultad que tan sólo pertenece al ámbito de la voluntad del enfermo, con lo que el resultado que se produce es la asunción por parte del profesional de todos los riesgos que entraña el tratamiento que instaura y por tanto, en consecuencia, de los daños que éste provoque»<sup>174</sup>.

---

probar esto, no el caso fortuito o la fuerza mayor». En contra parece posicionarse SERRA, págs. 71 y 72, entendiéndose que en la exigencia de responsabilidad por negligencia profesional no es conveniente acudir a la regla conforme a la cual el demandado ha de probar su falta de culpa y, en su caso, la producción de caso fortuito.

172 Caracterizándolo cierta jurisprudencia, exageradamente, a partir de la STS de 12-01-2001, Sala 1ª, MARTÍNEZ-PEREDA nada menos que de derecho humano o fundamental.

173 Máxime si tal información previa, en la cual se centra el consentimiento legitimador del acto o intervención médica por parte del paciente informado, se suministra de forma oral (art. 8.2 LBAP-DOID, aunque tal norma apunta que la verbal será la forma general —sin perjuicio de hacerse constar por escrito en la historia clínica, art. 4.1—, un mero vistazo a los supuestos en que habrá de adoptar la forma escrita permite llegar, más bien, a la solución contraria: “*intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente*”). Al respecto, DÍAZ MARTÍNEZ, págs. 53 a 57, con cita de numerosos pronunciamientos, advierte la tendencia de conectar el reparto del *onus probandi* en la parcela de la responsabilidad médica con el deber del facultativo de informar al paciente, basándose en la doctrina del TC indicadora que la imposición a uno de los litigantes de una prueba muy dificultosa vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

174 LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*, siguiendo a DE ÁNGEL, pág. 11, discrepando asimismo respecto a que separa la *lex artis* y el deber médico de información. Con anterioridad, una solución similar proporciona PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica: El consentimiento informado*, págs. 106 y 107, cuando defiende que con la exigencia del *consentimiento informado* el margen de no incriminación para el médico disminuye, por cuanto la responsabilidad surgirá, en caso de faltar información o no recabarse el consentimiento, materializado el daño «aunque no se pruebe la negligencia, o haya sido fruto del azar, o de la elección de una terapia en principio correcta pero que luego se demostró inoportuna... Así es como el consentimiento redistribuye los riesgos, tan frecuentes en esta actividad. No recabar el consentimiento es tenida como una falta de diligencia, como una actividad responsable, que se considera la causa del daño, haciendo palmaria la relación de causalidad entre la actividad y el daño, ya que se presume que no se hubiera consentido de haber sido informado»; y, *a sensu contrario*, parece acogerse también en STS de 26-02-2004, Sala 3ª, SIEIRA MIGUEZ —la ausencia de consentimiento «constituye una mala praxis médica. Sin embargo, no puede dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el paciente», esto es, si se hubiese derivado un daño sí podría originar responsabilidad—.

Por contra, creemos que la omisión, culpable o no, de este deber de información no basta para la reparación de todos los eventuales daños que se puedan originar por la actividad médica, persistiendo un evidente problema de imputación. En efecto, cabría apreciar, a lo sumo, tres de los requisitos para declarar la responsabilidad civil del médico: concurrencia de una omisión objetivamente imputable al médico (esto sí, incumplimiento del referido deber de recabar el previo *consentimiento informado*, incluido en su *lex*), su culpa o negligencia en la misma y, finalmente, la realidad —en su caso— del daño ocasionado al paciente, pero se echaría en falta la existencia del cuarto elemento (nexo causal), siendo evidente que los daños o perjuicios derivados del acto o tratamiento médico con incumplimiento del deber previo de información jamás resultarán consecuencia necesaria de la referida inobservancia, dado que los mismos se podrían producir, incluso, tras haberse suministrado al paciente la información más completa o exhaustiva. No concurre, en definitiva, el necesario nexo causal entre la conducta del agente (médico) omitiendo el previo *consentimiento informado* del paciente y los posibles daños (salvo el moral, en su caso) que se produzcan a este último. Lo único que cabría reparar o compensar económicamente, llegado el caso —pero por el cauce de la sustitución, más que hablar aquí de indemnización—, tras incumplirse el deber médico de recabar este *consentimiento informado* sería, a lo sumo, el daño moral justificado por la lesión al paciente en su autodeterminación personal<sup>175</sup>, al privársele de la posibilidad de decidir *informadamente* si se sometía o no a la práctica del acto o tratamiento médico de que se tratare.

5º) Para finalizar este análisis hemos de referirnos, ineluctablemente, a la prueba de presunciones como mecanismo al que también se acude para favorecer la efectividad de los principios *pro damnato* o *favor debilis* en procesos por responsabilidad médica. Ocurre que, en ciertos supuestos, el convencimiento a que llega el juzgador sobre la posible culpa del demandado se apoya en presunciones que el mismo verifica y que, por ello, se denominan —en contraposición a las *legales* — *judiciales* (*presumptio hominis* o *presumptio facti*)<sup>176</sup>, subrayándose su naturaleza subsidiaria o supletoria<sup>177</sup>. Como se conoce, tales presunciones consisten en un

---

175 Para ATAZ, págs. 81 y 82, «por el simple hecho de que un médico emprenda un tratamiento sin ponerlo en conocimiento del paciente, informándole y solicitando su consentimiento, no se engendra automáticamente su responsabilidad... Cierto que es posible que en estos casos haya un *daño moral* por el atentado sufrido en la libertad personal. Sin embargo, parece que cuando haya un *beneficio físico*, este quizá pueda *compensar* el daño moral sufrido, excluyendo así la posibilidad de indemnización». Acerca del requisito de la relación de causalidad con motivo de una intervención quirúrgica STS de 25-09-2003, Sala 1ª, GONZÁLEZ POVEDA, FD 2º o, siguiendo particularmente la postura que sostenemos, STS de 08-09-2003, misma Sala, ALMAGRO NOSETE, FJ 2º y 3º.

176 Para GÓMEZ ORBANEJA, págs. 290 y 291, resultan ser indicios; pero SERRA, pág. 617, sostiene que «la presunción judicial es distinta al indicio, como la luz de la lámpara que la produce», con cita de DEVIS ECHANDÍA.

177 SSTS de 28-06-1990, Sala 1ª, MORALES MORALES, FD 4º -y las que recoge—, «la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia de una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa... por lo que no es posible que la referida presunción legal y jurisprudencial pueda ser destruida mediante otra presunción de las llamadas «de hombre» (*presumptio hominis*» o *presumptio facti*»), contempladas en el artículo 1253 del Código Civil»; o de 05-07-1990, Sala 1ª, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, FJ 2º, «existiendo pruebas directas, la sentencia recurrida no procuró de acudir a pruebas supletorias, como es la de presunciones, puesto que, como ha declarado con reiteración esta Sala, el carácter supletorio de la prueba de presunciones impone que sólo debe utilizarse cuando el hecho dudoso no tenga demostración eficaz por los demás medios». No obstante, tal rasgo es reprochado por un sector doctrinal que mantiene que «la realidad es divergente de lo que la apariencia muestra... pese a fundamentar realmente los Tribunales el fallo en la presunción, podrá darse el caso normal de no reconocimiento por éstos de tal mecanismo», DÍAZ-REGAÑÓN, págs. 38 y 39, con cita de SERRA.

ejercicio lógico a través del cual una afirmación fáctica, incierta o ignorada, se juzga producida partiendo de otra que se encuentra plenamente demostrada<sup>178</sup>, no constituyendo medio de prueba sino método probatorio que se traduce en exonerar de la prueba —en un favor, en suma, dispensando de la *carga* de tener que probar—<sup>179</sup>. En su estructura, tal presunción se compone de dos afirmaciones (hecho base o indicio, que ha de estar totalmente acreditado o admitido, y hecho presumido o presunto) y un enlace (refiriéndose a dicho método probatorio el art. 386 LEC que, con ciertas variaciones, resulta ser el homónimo del anterior art. 1253 CC)<sup>180</sup>. Bajo este ángulo, en apretado resumen, los elementos de la presunción judicial, trasladados al marco de la responsabilidad médica, serían <sup>181</sup>: a) Existencia de una afirmación base o indicio incorporada al litigio y debidamente acreditada (anterior art. 1249 CC); esto es, el daño o la lesión provocada al paciente con ocasión de un actuación médica; b) Existencia de la afirmación presunta o presumida, diferente del indicio y relevante para el litigio, extraída por el juzgador, que no sería otra que la culpa o negligencia del facultativo en su actividad; y c) Enlace o vínculo lógico entre las dos afirmaciones fácticas anteriores llevado a cabo por el juzgador al aplicar máximas de la experiencia en cada supuesto específico<sup>182</sup>.

En la parcela que nos ocupa, a tal consecuencia se llega por aplicación de la máxima anglosajona *res ipsa loquitur* (o *the things speaks for itself*, esto es, las cosas *hablan* por sí mismas)<sup>183</sup> que, al fin y al cabo, no deja de ser una presunción judicial de culpa en el caso

---

178 Con MONTERO, supone un razonamiento a virtud del cual, arrancando de un hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho que constituye el supuesto fáctico de una norma, atendiendo al supuesto lógico existente entre ambos, GÓMEZ COLOMER, pág. 343. La STS de 20-10-1975 la llegó a definir como «un silogismo, un proceso lógico que partiendo de una premisa constituida por unos hechos probados induce a una consecuencia necesaria, racional y lógica según las normas del criterio humano».

179 GÓMEZ ORBAJENA, pág. 292, o GÓMEZ COLOMER, pág. 343. En la LEC ello es deducible del Capítulo VI, Título I de su Libro II —“De los medios de prueba y las presunciones”—, si entendemos que con ello se desea establecer tal separación, no mencionando el art. 299 —que enumera los medios de prueba— las presunciones.

180 Declarándose en STS de 30-06-1988, Sala 1ª, GONZÁLEZ ALEGRE Y BERNARDO, FD 4º, con referencia al derogado art. 1253 CC, que tal precepto «dispone como requisito de toda presunción no establecida por la Ley que entre el hecho demostrado... y el que se trate de deducir... haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano; según doctrina de esta Sala las reglas del criterio humano no son otras que las de la lógica o recta razón, y en este sentido dicho enlace no ha de consistir en otra cosa sino en la conexión o coherencia o congruencia entre ambos hechos de suerte que el conocimiento de uno nos lleve, como consecuencia obligada de aquella lógica o recta razón, al del otro».

181 DÍAZ-REGAÑÓN, págs. 33 a 35, que parece seguir a SERRA, págs. 621, 622, 784 y 785.

182 Se discute si tal enlace posee carácter inductivo o deductivo (criterio éste mayoritario), habiéndose llegado a considerar que se trata de una deducción basada en previa inducción y regulada por máximas de la experiencia, MUÑOZ SABATÉ seguido por SERRA, pág. 622 *in fine*.

183 PRINCIGALLI, tras aceptar que uno de los problemas «più difficili da risolvere nella materia della responsabilità medica è senza dubbio quello relativo alla prova», resalta cómo la Sentencia de 21-12-1978 del Tribunal de Casación italiano ya sostuvo que «basta, per condannare il medico, una prova indiziaria, si è parlato di una vera e propria inversione di tendenza più favorevole all'attore», admitiendo que «sottolinea che il criterio adottato dalla corte è assai simile a quello che nel mondo giuridico anglo-americano viene designato con la formula *res ipsa loquitur*», *La...*, págs. 162 y 163, nota núm. 169, recordando que en la jurisprudencia alemana es principio consolidado «addossare al medico l'onere della prova del nexa di causalità in caso di colpa grave (*grober Behandlungsfehler*)»; LLAMAS, *Responsabilidad...*, págs. 308 y 309, señalando que ya CICERÓN advirtió que «en ocasiones, no hace falta que hable el hombre, porque las cosas “gritan o hablan por sí mismas”» y, aunque nuestros tribunales y los italianos han aplicado dicha máxima bajo la expresión *quod plerumque accedit*, su ámbito más efectivo lo ha encontrado en el área del *Common Law*, concretamente, en casos de negligencia.

concreto, deducida de un hecho demostrado y evidente cuando, en general, a la afirmación base o efecto dañoso no quepa aplicar circunstancias ajenas a la propia intervención médica realizada, arribándose entonces a la necesaria conclusión de una presunción resultado de responsabilidad profesional. Los presupuestos para su aplicabilidad se pueden extractar en tres<sup>184</sup>: 1º) Producción de daño que, de ordinario, no tiene lugar sin el comportamiento negligente de una persona; 2º) Que el hecho dañoso sea originado por *algo* (instrumental) que se encuentre dentro del círculo de dominio o control del demandado, y 3º) Que en la producción del daño no se derive culpa alguna del perjudicado o de un tercero.

En líneas generales, sin desconocer los notables esfuerzos de ciertos autores para discriminar otras figuras con cierta autonomía o sustantividad propias<sup>185</sup>, formulaciones de esta misma presunción *res ipsa* (que tan sólo difieren en el *nomen* participando, por tanto, de la propia naturaleza, provocando la reducción o exoneración —en beneficio del paciente— de la carga de demostrar el preciso nexo causal entre la actuación médica desplegada y el daño irrogado)<sup>186</sup> son:

A) La llamada prueba *prima facie*, de *primera impresión* o *primera vista* (*Auscheinsbeweis*, en la doctrina alemana)<sup>187</sup>; de acuerdo con la cual para acreditar la culpa

---

184 Con matices, LLAMAS, *La responsabilidad...*, págs. 426 y 427; *Responsabilidad...*, pág. 310; DÍAZ-REGAÑÓN, págs. 173 a 175 —siguiendo a LOUISSELL y WILLIAMS, considerando que dicha regla se caracteriza por ser una presunción judicial de culpa en un supuesto concreto, lo que reafirma en buena parte de su trabajo, *pássim*—.

185 CABANILLAS, págs. 911 y 912, o LLAMAS, *Responsabilidad...*, págs. 308 y ss.

186 Así, en Francia, la tesis de la *faute virtuelle* emergerá por influenciarse la jurisprudencia de la propia máxima del *Common Law -res ipsa loquitur-*, si bien aparece enunciada —mejor, enmascarada— bajo aquella expresión, sintetizándose en que el anormal resultado de una intervención permite presumir que la falta, aún no apareciendo probada positivamente, ha sido cometida por su autor. Así, MEMETEAU, G., *Le droit médical*, págs. 464 a 466, con cita de diversos pronunciamientos, tras señalar que «Dans le domaine médical, les patients ont souvent trouvé en la personne de magistrats des alliés», concluye —con TUNC y SAVATIER— que «On a écrit sur l'influence en jurisprudence française, de la maxime de Common Law *res ipsa loquitur*: "Même lorsque l'obligation du médecin est, comme en règle générale, une simple obligation de diligence, il est des résultats qui font présumer la faute. Bien qu'il ne l'énonce pas expressément, sinon par la notion de faute virtuelle, le droit français ne peut manquer d'admettre parfois la maxime de Common Law. Qu'un certain traitement ou une intervention chirurgicale, provoque un certain résultat, peut suffire à établir la faute du médecin ou du chirurgien"... "Il n'y a pas de différence entre les effets juridiques de cette maxime et ceux de la doctrine des présomptions mentionnées à notre Code civil"»; también PENNEAU, *La responsabilité médicale*, pág. 80 —«En réalité, la faute virtuelle es le fruit d'un raisonnement a contrario», equiparándola a las «présomptions de l'homme de l'article 1353 du Code civil»—, o en *La responsabilité du...*, pág. 43; asimismo PARODI, pág. 231 —«Nel caso di intervento di facile esecuzione, non si verifica un passaggio da obbligazione di mezzi in obbligazione di risultato... ma opera il principio *res ipsa loquitur*, ampiamente applicato in materia negli ordinamenti anglosassoni... inteso come "quell'evidenza circostanziale che crea una deduzione di negligenza"»-; MOSCA, D., *Medico, responsabilità e chirurgia estetica*, pág. 4, etc. ; incluso LLAMAS, *Responsabilidad...*, pág. 311, tras disociar tales figuras, admite que no observa «grandes diferencias» entre el principio *res ipsa loquitur* y la prueba de presunciones del art. 1253 CC (precepto derogado, actual art. 386 LEC).

187 PRINCIGALLI, págs. 81 a 83, «In questo caso si presume fino a prova contraria la colpa del medico e il nexo di causalità... La presunzione può essere vinta in maniera relativamente semplice. Basta che il medico provi che nel caso concreto è sopravvenuto un fatto o una circostanza che ha determinato un decorso atipico della malattia... L'*Auscheinsbeweis* riguarda il problema del convincimento del giudice nella libera valutazione dell prove», a la que sigue, entre otros, DÍAZ-REGAÑÓN, págs. 183 y ss. (tanto el principio anglosajón *res ipsa loquitur* como la prueba *prima facie* «desempeñan el mismo papel en el ámbito probatorio»); también LLAMAS, *La...*, págs. 426 y 427, *Responsabilidad...*, págs. 311 y 312 —poniendo de relieve, nota núm. 45, el parecer contrario de SANTOS BRIZ, JORDANO FRAGA e YZQUIERDO a calificar la prueba *prima facie* como presunción, que reputan prueba directa—. Por su parte, muestra FERNÁNDEZ HIERRO, págs. 115 a 117, determinadas SSAP que han aplicado esta doctrina de la prueba *prima facie*, así, SS. de 20-11-1986 (Oviedo), de 22-05-1989 (Madrid, Sección 10ª) o de 01-10-1993 (Asturias).

sería suficiente que el paciente describiese hechos que, según la experiencia general, hicieran muy probable la culpa; en definitiva, se trataría de supuestos de presunción de culpa del médico, en principio evidente, en los que habría una mayor probabilidad para deducir el resultado culposo (p. ej., aparición de gasas o tijeras olvidadas por un cirujano en el organismo del paciente, contagios o transmisiones de virus por no proceder a la separación de enfermos que se hallan en la misma habitación, etc.).

B) La tesis francesa de la culpa virtual (*faute virtuelle*)<sup>188</sup>, semejante a la anterior al consistir en que, mediante una operación intelectual o deducción obtenida de anómalas consecuencias, se deja sentado que el médico no ha obrado conforme con los datos actuales de la ciencia, inobservando la diligencia debida en su quehacer profesional; esto es, tal teoría postula que si no se hubiera incurrido en culpa no se habría producido el evento dañoso, en consecuencia, la comprobación del daño hace presumir que existió culpa del facultativo. Dicha teoría mitiga, por tanto, el *onus probandi* respecto del paciente puesto que la culpa se deduce de determinados hechos que, valga la expresión, *prima facie* permiten presumirla según las reglas de la lógica, suponiéndose negligencia en el profesional en cuanto la experiencia común desvele que, en el caso concreto y en situaciones normales, ciertos accidentes no sucederían si no interviene inexcusable ineptitud o falta de cuidado en el agente.

C) La llamada, jurisprudencialmente, teoría, doctrina o *técnica* del daño o resultado desproporcionado, que viene a ser mimética aplicación práctica de la *res ipsa loquitur* (iniciada en STS 02-12-1996 y continuada en SSTS de 08-09-1998, GONZÁLEZ POVEDA, FD 2<sup>o</sup><sup>189</sup>; de 22-05-1998, ALMAGRO NOSETE, FD 3<sup>o</sup> —y las que cita—<sup>190</sup>; de 28-12-

---

188 PRINCIGALLI, págs. 118 y 119, para la cual supone «L'espedito più efficace per aggirar l'osacolo della prova della colpa è quello di ricorrere alle presunzioni di fatto», situando su punto de partida en la una S. de 31-05-1960, del Tribunal de Instancia de *La Seine*; DÍAZ-REGAÑÓN, págs. 193 a 195 —tratándose de una «corriente similar en sus efectos» a la prueba *prima facie*, ocasionando problemas parecidos que «sus figuras homólogas en el resto de los países de nuestro entorno» y careciéndose de unanimidad doctrinal a fin de identificar conceptualmente «la *faute virtuelle* y la presunción judicial como tal»-; LLAMAS, *Responsabilidad...* págs. 312 y 313 —manteniendo que dicha *faute* se aproxima también «a la regla *res ipsa loquitur* y sin dejar de ser también una presunción judicial» confunde culpa con causalidad, reflejando SSTS que la acogen (de 04-11-1992, 18-02-1997, de 13-12-1997, 19-02, 08-09, 09-12 y 12-12 de 1998).

189 La «doctrina sobre la carga de la prueba...se excepciona... en aquellos casos en que por circunstancias especiales acreditadas o probadas por la instancia, el daño del paciente 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, en los términos análogos a los de, entre varias, las SS 29 Jul. 1994, 2 Dic. 1996 y 21 Jul. 1997» (S 19 Feb. 1998); afirmando la S 2 Dic. 1996 que «asimismo debe establecerse que no obstante ser 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 empleados, según el estado de la ciencia, y el descuido en su conveniente y temporánea utilización».

190 «Si se repara en la desproporción que existe entre el diagnóstico que establece el médico de urgencias (flemon dentario) y el luctuoso y grave resultado (muerte del paciente)... se infiere que 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 anomalía de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de experiencia»

1998, FD 1<sup>o</sup>191; de 31-01-2003, FJ 2<sup>o</sup>192 o, más recientemente, en la de 17-11-2004, SIERRA GIL DE LA CUESTA, FD 6<sup>o</sup>).

Y tal vez tengan razón quienes vislumbran<sup>193</sup> que todas estas extravagantes construcciones (presunciones de hecho, en suma) podrían enmarcarse en los más extensos criterios del art. 217.6 LEC —que acoge, aún implícitamente, el criterio de normalidad o probabilidad<sup>194</sup>; apreciándose que, conforme con las mismas<sup>195</sup>, se va abriendo paso en el campo de la responsabilidad médica la doctrina que establece la presunción culposa de toda acción u omisión generadora de un daño indemnizable, a no ser que el médico (agente) demuestre haber procedido con la debida diligencia según las circunstancias de lugar y tiempo (*lex artis ad hoc*), mudándose la tradicional inclinación de nuestra jurisprudencia de *no invertir el onus probandi* —entiéndase exonerar al actor de probar la culpa— en tales hipótesis, por cuanto una vez acreditado por el perjudicado un anómalo evento dañoso se presumirá entonces culpable la conducta del galeno, recayendo sobre él la *carga* de acreditar los diversos motivos que produjeron el resultado favoreciéndose, en último término, a la parte más *frágil* de la relación (el enfermo).

---

191 Expresando ALONSO, pág. 48, con referencia expresa a la misma, que realmente lo que persigue es «suavizar al paciente la carga de la prueba —en algún supuesto, incluso su desplazamiento al médico causante del daño—, porque se ha puesto de manifiesto la vulneración de la *lex artis*: acreditando mediante *presunciones* la negligencia profesional..., cuando los indicios son muy cualificados, anormales y el daño irrogado al paciente es desproporcionado; los hechos lesivos son tan patentes, que *prima facie* (Anscheinsbeweis: prueba por apariencia, en la jurisprudencia alemana), denotan responsabilidad».

192 «La responsabilidad médica del demandado deriva esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor... que corresponde a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción».

193 Así, además de la citada STS de 02-05-1998, claramente la SAP de Barcelona de 25-09-1995, Sección 14<sup>a</sup>, VALLS GOMBÁU, FJ 2<sup>o</sup>, ordinal 3<sup>o</sup> «En relación con la carga probatoria, se pronuncia la jurisprudencia... por la obligación del sujeto que ha sufrido el daño de su demostración, sin descartar, en determinados casos, por aplicación del principio de normalidad y facilidad probatoria, que producidas las lesiones y que éstas no resulta posible explicarlas sino acudiendo a la existencia de una falta médica, se admite una presunción de culpa cuando se constata la presencia de una anomalía en la prestación del servicio, produciéndose una inversión de la carga de la prueba... es decir cuando el resultado “per se” ya constituye una prueba de la culpa o negligencia. En dichas circunstancias cuando dicho resultado evidencia una anomalía de la prestación (“*res ipsa loquitur*”) y dado que es el médico o facultativo quien tiene a su inmediata disposición las fuentes de prueba habrá que justificar que no existe la negligencia imputada, lo que se ha denominado como “culpa virtual”, por no ser la consecuencia final producto de una terapia normal y adecuada, y consecuentemente se afirma una “...conclusión presuntiva de que hubo en el acto (operativo o médico) algún descuido...” (STS 12 febrero 1990). Ello no es sino consecuencia de que la excesiva rigidez en orden a una imposición del “onus probando” al paciente que carece de elementos y conocimientos para contrarrestar los del facultativo se le coloca en una situación de desigualdad que debe erradicarse. En todo caso, tiene el profesional médico una “carga” para proporcionar la necesaria documentación a fin de comprobar la regularidad de su actuación»; también LLAMAS apunta que tales «fenómenos» podrían incluirse en el más amplio de «distribución dinámica de la prueba», *Responsabilidad...*, pág. 313, porque distribuye el *onus probandi* obligando a «aportar cada una de las pruebas a aquella parte que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo».

194 Según el cual un evento se considera *normal* «cuando sucede con cierta frecuencia o habitualidad, según el curso normal de los acontecimientos. Por este motivo, la mayor probabilidad de que un determinado hecho se haya desarrollado conforme a tales parámetros de normalidad pone su prueba a cargo de quien afirma un acaecimiento anormal o excepcional en ese contexto», LUNA YERGA, pág. 10.

195 Opinando DÍAZ-REGAÑÓN, nota núm. 267, «la poca trascendencia a la hora de calificar los supuestos de una u otra forma».

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- AA VV: *Información y documentación clínica*, volumen I, CGPJ — Secretaría General Técnica del Ministerio de Sanidad y Consumo, 1997.
- ALBALADEJO GARCÍA, M.:
- *La presunción de culpa en la responsabilidad extracontractual*, discurso leído en la sesión inaugural del Curso Académico 2003-04, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 10-11-2003.
  - *La prueba de la culpa en la responsabilidad por acto ilícito*, discurso ofrecido con motivo de su investidura como Doctor Honoris Causa por la Universidad de Alicante, <http://www.ua.es/es/presentacion/doctores/albaladejo/Discurso%20Albaladejo.html>, 28-01-2003.
- ALEMAÑ CANO, J.: *La prueba de testigos en el proceso penal*, Publicaciones de la Universidad de Alicante, 2002.
- ALMAGRO NOSETTE, J.: *Teoría general de la prueba en el proceso penal*, en «La prueba en el proceso penal», CGPJ, 1992.
- ALONSO PÉREZ, M.: *La relación médico-enfermo, presupuesto de responsabilidad civil. (En torno a la «lex artis»)*, en «Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio» (MORENO MARTÍNEZ, J. A., coord.), Dykinson, 2000.
- ARASA, F.: *Los trasplantes cardiacos ante la ética médica*, en «Folia Humanistica. Ciencias, artes, letras», tomo VI, núms. 67-68, (edición *Biohorm* para los Sres. médicos, núm. 18), julio-agosto de 1968.
- ARQUILLO COLET, B.: *Seguro y responsabilidad patrimonial de la Administración Pública Sanitaria*, en <http://www.indret.com>, enero de 2004.
- ATAZ LÓPEZ, J.: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, 1985.
- BADOSA COLL, F.:
- Artículo 1101, en *Comentario del Código Civil*, tomo II (PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C.; DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.; BERCOVITZ, R.; SALVADOR CODERCH, P., dirs.), Ministerio de Justicia, 1991.
  - *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, 1987.
- BARCIA, D.: *Aspectos éticos de la relación médico-enfermo*, en «Cuestiones de Antropología y Bioética» (PASTOR GARCÍA, L. M., ed.), Universidad de Murcia, 1993.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, P.: *El buen padre de familia*, en «Estudio de Derecho Civil en homenaje al Profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño», Universidad de Salamanca, Publicaciones del Departamento de Derecho Civil, 1984.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, A.: *La responsabilidad por infracción de los deberes profesionales o de «lex artis» y la carga de la prueba. (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 1990)*, ADC, tomo XLIV, volumen I, 1991.

- CABEZUDO RODRÍGUEZ, N.: *La regla de juicio de la carga de la prueba y su inversión en el proceso civil*, RPJ, núm. 52, 4º trimestre, 1998.
- CARBONE, V.: *Sviluppi ed orientamenti della responsabilità professionale medica nei confronti dell'embrione*, en «Danno e responsabilità», anno V, n. 12, dicembre 2000.
- CARRASCO GÓMEZ, J. J.: *Responsabilidad médica y Psiquiatría*, Colex, 1990.
- COBACHO GÓMEZ, J. A.: Artículo 109, en *Comentarios al Código Penal*, tomo IV (COBO DEL ROSAL, M., dir.), Edersa, 2000.
- CORCOY BIDASOLO, M.: *Imputación «objetiva» en el delito imprudente*, en «Causalidad e imputación objetiva» (DÍAZ VALCÁRCCEL, L. M., dir.), CGPJ, 1994.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *La prueba*, en «Derecho Procesal Civil. Parte General» (junto con GIMENO SENDRA, V., y MORENO CATENA, V.), 5ª edición, Colex, 2003.
- DE LA OLIVA SANTOS, A.: *La prueba civil*, en «Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración» (junto a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I.), 2ª edición, Centro Ramón Areces, 2001.
- DE LAS HERAS GARCÍA, M.:
- *Consideraciones relativas al principio de intermediación en la LEC/2000*, RPJ, núm. 65, 1º trimestre, 2002.
  - *Procedimiento en reclamación por responsabilidad médica contra hospitales públicos (I), (II) y (III)*, Sección «Manual de...», en <http://www.njbosch>, núms. 13, 14 y 15, Bosch, 2004-05.
- DELGADO GONZÁLEZ, A. F.: *Las sociedades profesionales. El ejercicio en común de las profesiones en España. Sus aspectos administrativos, civiles y tributarios*, Edersa, 1996.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A.: *Últimos criterios jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil derivada de la asistencia médico-sanitaria*, AC, núm. 21, marzo de 1997.
- DÍEZ-PICAZO, L.: *Derecho y masificación social. Tecnología y Derecho Privado (Dos esbozos)*, Civitas, 1979.
- ESCRICHE, J.: *Elementos de Derecho Patrio*, 2ª edición, Librería de la Sra. viuda de Calleja é hijos, 1840.
- FERNÁNDEZ COSTALES, J.: *Responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería)*, Actualidad Editorial, 1995.
- FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.: *Sistema de responsabilidad médica*, Comares, 1997.
- FORNES, J.: *La responsabilidad social del médico*, en «La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada», Doce Calles, 1994.
- GABRIELLI, A.: *La r. c. del professionista: generalità*, «La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale», volume VI, 1ª edizione, 1998.

- GALÁN CORTÉS, J. C.: *Responsabilidad civil médica*, en «La responsabilidad civil profesional» (ÁLVAREZ SÁNCHEZ, J. I., dir.), CGPJ, 2003.
- GALLEGO RIESTRA, S.: *Prueba y valoración de daños en la asistencia sanitaria*, en «Responsabilidad del personal sanitario», CGPJ — Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995.
- GISBERT CALABUIG, J. A.; GISBERT GRIFO, M. S.: *Responsabilidad médica*, en «Medicina Legal y Toxicología», 5ª edición, Masson, 1998.
- GITRAMA GONZÁLEZ, M.: *En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho (sobre el contrato de servicios médicos)*, ADC, tomo XXX, fascículo II, abril-junio de 1977.
- GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Derecho Procesal Civil. Volumen primero. Parte General. El proceso declarativo ordinario*, 8ª edición, Artes Gráficas y Ediciones S.A., 1979.
- GÓMEZ RUBÍ, J. A.: *Medicina y sociedad. Las razones de la bioética actual*, en «Bioética y Medicina Intensiva» (GÓMEZ RUBÍ, J. A.; ABIZANDA CAMPOS, R., coords.), Edika Med, 1998.
- GONZÁLEZ MORÁN, L.: *La responsabilidad civil del médico*, Bosch, 1990.
- GRACIA GUILLÉN, D.:
- *Ética y responsabilidad profesional*, en «La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada», Doce Calles, 1994.
  - *Jurisprudencia y Lex artis*, en «Responsabilidad del personal sanitario» (JORGE BARREIRO, A.; GRACIA GUILLÉN, D., dirs), CGPJ — Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995.
- HERRANZ RODRÍGUEZ, G.: Comparecencia en la Comisión Especial de Estudio sobre la Eutanasia, Diario de Sesiones del Senado, VI Legislatura, Comisiones. Núm. 307, 16-06-1998.
- IAMICELI, P.: *La r. c. del medico*, «La responsabilità civile. Responsabilità contrattuale», volume VI, 1ª edizione, 1998.
- JORGE BARREIRO, A.:
- *Jurisprudencia penal y Lex Artis*, en «Responsabilidad del personal sanitario» (JORGE BARREIRO, A.; GRACIA GUILLÉN, D., dirs.), CGPJ — Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995.
  - *La imprudencia profesional*, en «La imprudencia», CGPJ, 1993.
- KOCH, B. A.: *La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la «responsabilidad objetiva»*, en <http://www.indret.com>, abril de 2003.
- LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. DE A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVARRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F.; RAMS ALBESA, J.: *Elementos de Derecho Civil, II. Parte General. Teoría general del contrato*, volumen 1º, 2ª edición, Dykinson, 2000.

LLAMAS POMBO, E.:

- *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, 1ª edición, Trivium, 1988.
- *Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba*, en «Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio» (MORENO MARTÍNEZ, J. A., coord.), Dykinson, 2000.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J.: *El consentimiento informado*, en «Responsabilidad del personal sanitario» (JORGE BARREIRO, A.; GRACIA GUILLÉN, D., dirs), CGPJ — Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995.
- LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.: *El consentimiento informado y la responsabilidad civil médica*, «Revista de Responsabilidad Civil y Seguro», núm. 6, 2003.
- LUNA MALDONADO, A.: *Responsabilidad civil médica: Sistemas de cobertura de riesgo*, en «Responsabilidad del personal sanitario», CGPJ — Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995.
- LUNA YERGA, A.: *Regulación de la carga de la prueba en la LEC. En particular, la prueba de la culpa en los procesos de responsabilidad civil médico-sanitaria*, en <http://www.indret.com>, octubre de 2003.
- LÜTTGER, H.: *Medicina y Derecho Penal* (trad. Bacigalupo, E.), Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid — Edersa, 1984.
- LUZÓN CUESTA, J. M.: *Compendio de Derecho Penal. Parte General*, 8ª edición (1ª conforme al Código Penal de 1995), Dykinson, 1996.
- MARTÍN MATEO, R.: *Bioética y Derecho*, 1ª edición, Ariel, 1987.
- MARTÍNEZ-CALCERRADA, L.: *La responsabilidad civil profesional. De los Teleinformáticos, Auditores de Cuentas, Periodistas, Arquitectos-Peritos, Médicos-Peritos y de los Peritos Judiciales en general*, Colex, 1996.
- MEMETEAU, G.: *Le droit médical*, Litec, 1985.
- MONTAÑÉS PARDO, M. A.: *La presunción de inocencia. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Aranzadi, 1999.
- MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: *El nuevo proceso civil (Ley 1/2000)*, Tirant lo blanch, 2000.
- MORLANS MOLINA, M.: *Moral, Deontología y Bioética Médicas*, Quadern CAPS, núm. 26 de 1997.
- MOSCA, D.: *Medico, responsabilità e chirurgia estetica*, en «Archivio civile», rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione, anno XLIII, 1, gennaio, 2000.
- MOYA HURTADO DE MENDOZA, F.: *Evolución jurisprudencial reciente de los atentados a la vida y a la integridad en el marco del tratamiento médico-quirúrgico*, en «Delitos contra la vida e integridad física» (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., dir.), CGPJ, 1995.
- NOVOA JURADO, A.: *Ética médica. Planteamiento general. Parte II*, en «Asklepiades», núm. 34, 1999.

- NYS, H.: *La Convención Europea de Bioética. Objetivos, principios rectores y posibles limitaciones*, (trad. P. F. Hoof), «Revista de Derecho y Genoma Humano», núm. 12, enero-junio 2000.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: *Nuevas orientaciones jurisprudenciales en materia de responsabilidad civil médica*, AC, núm. 1, enero 2001.
- OROZCO PARDO, G.: *La aplicación del concepto de «lex artis» al campo de la actividad del profesional. El caso de la profesión médica*, en «El ejercicio en grupo de las profesiones liberales» (MORENO QUESADA, B.; PÉREZ-SERRABONA GONZÁLEZ, J. L.; ALBIEZ DOHRMANN, K. J., eds.), Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada, 1993.
- ORTELL RAMOS, M.: *Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, Aranzadi, 2003.
- PARODI, C.: *Responsabilità civile/danni civili*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», núm. 2, rivista bimestrale de Le nuove Leggi Civile Commentate, anno XVI, Marzo-Aprile 2000.
- PEDRAZ PENALVA, E.; GONZÁLEZ MACÍAS, J.: *La instrucción en el proceso administrativo ordinario*, RPJ, núm. 51, 3º trimestre, 1998.
- PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A.: *La Intervención Jurídica de la Actividad Médica: El consentimiento informado*, Dykinson, 1997.
- PENNEAU, J.:
- *La responsabilité du médecin*, Dalloz-Sirey, 1992.
  - *La responsabilité médicale*, Sirey, 1977.
  - Voz «Médecine», *Encyclopédie Juridique Dalloz*, tomo VI, août 1993.
- PORTERO GARCÍA, L.: *Aspectos jurídicos sobre el consentimiento informado*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LIII, núm. 1838, febrero de 1999.
- PRINCIGALLI, A.: *La responsabilità del medico*, Pubblicazioni della Facoltà Giuridica — Università di Bari, 1983.
- RIZ, R.: *Responsabilità penale del medico*, «Enciclopedia Giuridica», Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990.
- ROCA GUILLAMÓN, J.:
- Art. 1258, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XVII, vol. 1º-A (ALBALADEJO, M.; DÍAZ ALABART, S., dirs.), Edersa, 1993.
  - *La protección de los mayores en el Derecho Civil*, discurso del acto de recepción como Académico de Número, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Murcia, 22-10-2004.
- ROCA JUAN, J.: Prólogo a *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, 1985.

- ROCA JUAN, J.; ATAZ LÓPEZ, J.: *Problemas de responsabilidad civil en el ejercicio profesional del médico*, en «Los Derechos del Enfermo», Consejería de Sanidad y Consumo — Cátedra de Medicina Legal, 1987.
- ROMEO CASABONA, C. M.: *El médico ante el derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo — Secretaría General Técnica, 3ª reimpresión, 1990.
- RUIZ VADILLO, E.: *La responsabilidad civil y penal del médico*, en «La responsabilidad de los médicos y centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada», Doce Calles, 1994.
- SERRA DOMÍNGUEZ, M.: Arts. 1214 y 1253, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (ALBALADEJO, M., dir.), tomo XVI, Vol. 2º, 2ª edición, Edersa, 1991.
- SOTO NIETO, F.: *El seguro obligatorio de responsabilidad profesional sanitaria*, «La Ley», núm. 5889, 10-11-2003.
- TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Fase decisoria (II). La prueba*, en «Derecho Procesal Penal» (junto con DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R., y MUERZA ESPARZA, J.), 6ª edición, Centro Ramón Areces, 2003.
- TRIGO REPRESAS, F. A.: *Reparación de daños por mala praxis médica*, Hammurabi, 1995.
- VALLET DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho Civil*, 2ª edición, Bosch, 1973.
- YUNGANO, A. R.; LÓPEZ BOLADO, J. D.; POGGI, V. L.; BRUNO, A. H.: *Responsabilidad profesional de los médicos (cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas)*, 2ª edición, Universidad, 1986.
- YZQUIERDO TOLSADA, M.:  
— *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, 1989.  
— *Productos defectuosos (y, frente a los daños que los mismos causan), leyes defectuosas y sentencias defectuosas*, Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, núm. 7, 2003.