

# «LEX ARTIS AD HOC» Y LA RESPONSABILIDAD MEDICO PROFESIONAL

LUIS MARTÍNEZ CALCERRADA

## PRIMERA PARTE LA RESPONSABILIDAD CIVIL PROFESIONAL

CONCEPTO: SU ENCAJE DENTRO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. CONSECUENCIA DE SU DIFERENCIACION CON LA EXTRA CONTRACTUAL.

Según se expuso en nuestra obra con este mismo título “La responsabilidad Civil Profesional” esta responsabilidad, es la contraída por el profesional cuando al desplegar su oficio incurre en un ilícito, esto es, contraviene, por las causas que sean su prestación o actividad previamente demandada (por lo general, al no respetar en el ejercicio de su prestación las exigencias de su LEX ARTIS o Ley Informadora del ejercicio de la profesión), por quién ha concertado sus servicios, —llámese paciente, usuario, cliente, etc.—, es decir, en definitiva se trata de la responsabilidad por el ejercicio de su “facere” de quien ha sido por su profesión requerido por otra persona, mediante la concertación de un negocio jurídico de corte locaticio, en términos generales, e, incluso cuando se trata de responsabilidad civil profesional referida exclusivamente a los Peritos Judiciales, pues también se trata en aquella conducta pericial del desempeño de un mismo “facere” a resultas de haber sido demandado el servicio o peritaje mediante el formalismo que integra el denominado “encargo judicial”; todo lo cual reconduce a que siempre en la actuación del responsable preexiste esa conexión con el destinatario de su conducta profesional; lo que responde a la propia naturaleza de las cosas, ya que, en términos amplios, se puede incurrir en responsabilidad civil por cualquier persona cuando por su conducta o por sus hechos se transgrede una norma de general convivencia, ínsita en el “naeminen laedere”, y subsumir dicha conducta en los predicados aquilianos del art. 1902 C.c., ya que por ese ilícito se perjudica a una persona (la mayor parte de las veces desconocida por el autor del mismo), a consecuencia de haber padecido la erosión, el menoscabo, o el daño tras dicha conducta ilícita; ello tan así no es predicable, en caso alguno, cuando se trata de los presupuestos integradores de la responsabilidad civil profesional, porque no cabe entender que la persona que asume esa categoría de profesional (bien porque sea un arquitecto o un ingeniero, o médico o perito judicial) y sin que preceda esa conexión con quien luego resulta perjudicado, pueda —se insiste—, sin esa previa conexión o nexo, desplegar su “facere” infringiendo la normativa correspondiente e incurriendo en el ilícito

en cuestión. Se dice que ello no es posible, porque toda actividad profesional se ejercita, precisa y exclusivamente, mediante la previa demanda de quien considera útiles los servicios de quien ha de actuar como tal, en razón única a la ejecución por la PERSONA en particular requerida por su profesión o la dotación de los conocimientos específicos concretos demandados, variante pues de la gama de prestaciones trabadas en mor al “INTUITU PERSONAE”.

En resumen, en la realidad de los hechos, no cabe imaginar que, por lo general, quien por su estamento o titulación, o por sus conocimientos específicos, o por su propia pericia pueda, espontáneamente actuar sin ser previamente requerido al efecto, e incurrir en su conducta en un ilícito causante de su responsabilidad, lo cual no obsta, para que, en casos excepcionales deba, hasta, atisbarse un comportamiento profesional sin ese requerimiento previo o sin esa conexión negocial. Son supuestos singulares que no pueden nublar la generalidad de la referida responsabilidad como una especie integrada de consiguiente dentro de la responsabilidad llamada contractual; a estos casos excepcionales pueden responder acciones insólitas o no muy frecuentes de extrema necesidad: por ejemplo, si se trata de un profesional médico cuando tiene que actuar por razones de urgencia proyectando su “facere” y desplegando su acto médico o dispensando su experiencia en persona para él desconocida, pero que por circunstancias de urgencia o necesidad precisa dicha asistencia; si se trata de un arquitecto, también es posible que ante cualquier circunstancia de extrema necesidad, caso fortuito o fuerza mayor, por ejemplo, ante una súbita resquebrajadura o ruina de un edificio, pudiera (por razones incluso de tipo humanitario) desplegar su “facere” profesional; si se trata de un perito judicial el supuesto es más distante de la realidad, porque el formalismo que precede a la asunción de esta categoría, evita que sin esa designación o ese nombramiento “ope legis” alguien o, alguno —cualquiera que sea su profesión—, despliegue una actividad como tal perito judicial.

En definitiva, parece que no existe duda en el anclaje mayoritario de todas las vicisitudes de este tipo de responsabilidad civil dentro de la especie de contractual, esto es, aquella que late o se gesta cuando, tras el negocio que rodea la relación entre el ejecutor y el destinatario, por parte del ejecutor, precisamente por la profesión que ostenta, se ha conexas con el usuario o destinatario, de tal suerte, que al cumplir la prestación requerida concertada, incurre en cualquiera de las conductas contravenedoras de la regulación de dicha prestación, en cuyo caso, el juego de los arts. 1101 y ss. C. c. es inconcuso.

Por otro lado, aunque se incida en cierto corporativismo, tampoco se desconoce que —como se verá—, por razones pragmáticas de la propia tutela del profesional actuante, y con el fin de ubicarlo en un posicionamiento más acorde con la mejor defensa de sus intereses, hasta en el plano contencioso, le interesa a dicho profesional responsable, que las posibles reclamaciones tendientes a la satisfacción indemnizatoria por la reprobabilidad de su conducta, discurra por los cauces de la responsabilidad contractual, que no por la de la extracontractual. En efecto:

## 1.º JUEGO DE LA INVERSION DE LA CARGA DE LA PRUEBA

### a) SU CREACION JURISPRUDENCIAL: SU RAZON SOCIOLOGICA O DE PROTECCION A LA VICTIMA

Es sabido que como en materia de responsabilidad civil, en general se acostumbra a utilizar por los operadores jurídicos la llamada operatividad de la carga de la prueba, por cuanto que como toda responsabilidad, aspira a que, tras su declaración, se restaure el desequilibrio producido por la conducta ilícita reintegrando “in totum” al perjudicado o dañado de las consecuencias de la conducta contraventora, es claro que tal satisfacción u objetivo de reparación precisan que previamente y como lugar común en todas las hipótesis de responsabilidad, se dilucida la probanza efectiva de la realidad de los daños de que ha sido víctima el por así denominado perjudicado. Quiere decirse con ello, que no es suficiente con que se produzca la conducta contraventora o ilícito, para, sin más, declarando la correspondiente responsabilidad del infractor o del autor de la conducta ilícita, imponerle el resarcimiento o la indemnización de los daños y perjuicios, ya que, como se dice, es menester que no sólo se produzca la contravención o ilícito, sino, así mismo, por el perjudicado se acredite la realidad de los daños de que ha sido víctima; de consiguiente, si esa prueba de los daños es presupuesto común para el resarcimiento importa sobremanera dirimir el “onus probandi”, esto es, quién de los dos contendientes en el evento, (el autor o responsable o la víctima o perjudicado), ha de acreditar la existencia de los mismos, de tal suerte que cualquiera que sea la respuesta a la posible dualidad subjetiva, desembocará en que el cauce de la pretensión (sobre todo, en vía contenciosa) discorra por unos términos o por otros. Si se parte de que el perjudicado ha de probar la realidad del ilícito y de los daños, o sea, si la solución se inclina porque el “onus probandi” habrá de afectar o asumirlo el perjudicado, es evidente que toda la estructura o presupuesto de apoyo para derivar esa responsabilidad de la contraparte, habrá de acreditarse por él mismo; así deberá probar amén la realidad del daño, la anterior conducta ilícita del responsable, lo cual conduce a que haya de acreditar, en primer lugar, la acción, el “facere” de la contraparte, y, además, si esta contraviene las reglas por las que ha de compulsarse la corrección o no de tal conducta, esto es, ya dentro del seno de la responsabilidad —si es contractual—, que haya vulnerado las normas que canalizan el ejercicio de dicha correcta prestación, y según el art. 1101 C. c., que por parte del contraventor (el deudor) se ha incurrido en dolo, negligencia, morosidad o contravención. Si se trata de responsabilidad extracontractual, que el contraventor o luego responsable haya incurrido, por acción u omisión, en culpa, es decir, el ejercicio de una conducta con falta de diligencia o con negligencia determinante del daño producido.

Acción, reprobabilidad, culpabilidad y daño habrán de ser pues básicamente los presupuestos sobre los que habrá de recaer aquella CARGA probatoria; por supuesto, dando de antemano la concurrencia de lo que se llama la conexión o el *nexo* lógico de causalidad, esto es, que aquella conducta o “facere” ilícito ha sido la causa determinante del daño.

En consecuencia si la carga de la prueba **incumbe al perjudicado**, únicamente, podrá prosperar su pretensión reclamatoria si acredita todos los requisitos para la responsabilidad, y que, por lo tanto, la persona declarada como tal responsable por su conducta ilícita, debe pechar con las consecuencias reparadoras del daño.



Quiere decirse que en cualquier vía contenciosa en que se dirima la reclamación, la posición de la víctima o perjudicado (si —se repite— la carga de la prueba incumbe al perjudicado) es más gravosa, ya que, salvo se acredite de manera nítida todos esos presupuestos antes indicados —conducta, culpabilidad, nexo y daño— únicamente, en esos casos será cuando podrá prosperar su pretensión reclamatoria, mientras que esa misma situación, inicialmente, favorece o beneficia a la otra parte, autor de la conducta supuestamente ilícita, porque, en principio, se considera que actuó correctamente, y por lo tanto, hasta que no se acredite de forma indubitada todo el contenido integrador de ese “onus probandi” a cargo del perjudicado, el quedará indemne o estará a buen recaudo de toda posible reclamación indemnizatoria.

Y si la respuesta es que la carga de la prueba **incumbe al autor o causante de la conducta** (eso es, al presunto dañador), y al tratarse del juego de una pretensión en donde una de las partes (el posible perjudicado) persigue se decrete la responsabilidad del otro o autor de la conducta ilícita y se le impongan las consecuencias de los daños inferidos, el cauce de dicha carga habrá de abarcar al conjunto de acontecimientos acorde con una lógica fáctica, esto es, deberá acreditar (puesto que es ese, precisamente, el “iter” contencioso que asume) que no ha desplegado una conducta o una actuación merecedora de dicha responsabilidad, o lo que es igual, que no ha incurrido en todos o alguno de los presupuestos concurrentes para declarar ésta.

En definitiva, así como, cuando el “onus probandi” incumbe al perjudicado, deberá probar todos los presupuestos indicados tendentes a que se reconozca el objetivo del resarcimiento, cuando este “onus probandi” le afecte al autor del “facere”, su objetivo de defensa en la reclamación contenciosa o no, tratará de demostrar la, justamente, licitud de la conducta, que deberá ser exonerada de la pretensión reclamatoria, en cuyo caso, su prueba recaerá en acreditar tal conducta lícita, o, que su “facere”, respetó las reglas que diseñan el perfil del comportamiento actuatorio; y así, y si se trata de responsabilidad contractual, no haber incurrido en dolo, culpa, mora o contravención; si se trata de responsabilidad extracontractual, no haber incurrido en culpa, negligencia o falta de diligencia, por lo que en ambos supuestos no cabe pues imponerle las consecuencias del resarcimiento derivadas de su responsabilidad. Es claro que si la carga de la prueba incumbe al autor de la conducta, su posición en el trámite contencioso en que se decide la pretensión del perjudicado es menos favorecedora o ventajosa, porque inicialmente, hay que partir de una realidad inconcusa, esto es, que en tanto en cuanto no demuestre el autor que su conducta fue ilícita, se actúa por todos los instrumentos formales en que discurra la vicisitud en la idea de que la misma es inicialmente ilícita, y por ende contraventora y determinante de la responsabilidad.

En resumen en el primer supuesto, cuando la carga de la prueba incumbe al perjudicado, se presume que la conducta del autor es lícita, salvo que aquél demuestre lo contrario; y en el caso distinto, o sea, cuando la carga de la prueba incumbe al autor del “facere”, se presume que su conducta ha sido ilícita, contraventora determinante de la responsabilidad, y que por lo tanto, deberá pechar con las correspondientes consecuencias, salvo que, efectivamente demuestre la licitud de la misma; todo ello, conjugado con el llamado juego de la *inversión de la carga de la prueba* (expresión al uso forense de literalidad expresiva: Si la regla es que “al Actor incumbe la prueba” en virtud del art. 1214 C. c., la “Inversión” conduce a que sea el Demandado quien soporte ese “onus probandi”) produce las siguientes consecuencias: que cuando se trata



de los mecanismos de la *responsabilidad contractual*, sobre todo, por el principio informador del “in favor debitoris” y con apoyo en los arts. 1.103 C.c. y ss., la jurisprudencia se ha decantado de una manera firme y segura, porque ese “onus probandi” incumbe al perjudicado; en este caso, tratándose de una relación contractual preexistente, al acreedor, o actor, el cual deberá demostrar en su demanda que en el incumplimiento de la prestación por parte del deudor (esto es, el “facere” ilícito), concurren los requisitos determinantes de su responsabilidad, —conducta, ilicitud, culpa, nexa— aparte de daño; asimismo, y esto interesa remarcarlo, cuando se trata de la llamada *responsabilidad aquiliana* o, extracontractual sin que exista un apoyo normativo tan contundente como se da en la responsabilidad contractual, sin embargo, fruto de una evolucionada y uniforme jurisprudencia del Tribunal Supremo, se parte de que la carga de la prueba incumbe al demandado autor del hecho ilícito, o destinatario de la reclamación o demanda, esto es, se piensa que cuando una persona por su conducta o comportamiento, infiere daño o perjuicio a otra, con la que carece de trabazón negocial alguna, sino que por no haber respetado el principio general del “naeminen laedere”, “ab initio”, se la considera responsable, es decir, autor del ilícito con la reprobabilidad de que su conducta proviene de la falta de diligencia derivada de la culpa, y que, en consecuencia se deberán imponer las consecuencias sancionadoras de la reparación. Las razones por las cuales esta jurisprudencia ha impuesto que, en los casos de la responsabilidad extracontractual, la carga de la prueba incumbe al dañador o al autor de la conducta, sin duda alguna, provienen de motivaciones sociológicas o de protección de la víctima, esto es, sin necesidad de incorporar toda una constante evolución, lo que de forma obsesiva se ha pretendido por dicha jurisprudencia, es que quién sin haber tomado parte en el acontecimiento efectuado por repetida conducta ilícita, resulta perjudicado por los efectos derivados de la misma, tiene un derecho indiscutible a ser resarcido o ser reparado en el quebranto producido al respecto, tanto porque, la ajenezidad de su comportamiento en la producción de ese “facere” le reporta su legitimación en pos de ese resarcimiento, como, sin lugar a dudas, también motivado por razones de propia solidaridad social, impositivas de ese deber de reparar las consecuencias o los quebrantos producidos a las víctimas, por conductas desplegadas por quienes también desde el punto de vista de una óptica economicista, por lo general, ostentan posiciones patrimoniales de superior envergadura o de primacía satisfactiva, con lo que, de paso, hasta se empalma con el rico campo de la legislación de accidentes de trabajo semillero originario con el que en nuestro Derecho se iniciaron las aproximaciones con los principios “cuius commoda eius incommoda” o “ibi emolumentum ubi onus”, apotegmas que justifican ese resarcimiento a la víctima porque se ha desplegado previamente una conducta o un comportamiento por quienes, por ostentar una actividad empresarial, —llámese de cualquier tipo, fábrica, empresa, contrato de obras—, el despliegue o desarrollo de la misma (que, sin lugar a dudas, tiende a la obtención de unos fines especulativos o “agiotaje mercantil”, provoca una situación de riesgo (por eso también se le denomina responsabilidad por riesgo) que lleva consigo que así como en condiciones normales se obtiene lícitamente esos beneficios, si por la onda de acontecimientos tendentes al despliegue de semejante actividad empresarial en pos de la obtención de dichos beneficios, se irrogan unos perjuicios, daños o quebrantos, también se debe pechar por la empresa o autor de la actividad, de las consecuencias económicas de su reparación.

Sean por unas razones o por otras, lo cierto es que, sobre todo en los canales de la llamada responsabilidad civil extracontractual, la carga de la prueba, por todas esas motivaciones, se impone al autor de la conducta originadora de los daños, lo cual,

supone que, inicialmente, a él se considera responsable e inicialmente se estime que su conducta es transgresora y que, por lo tanto, habrá de restaurar el quebranto producido, por lo que en su fase inicial o planteamiento de la controversia, al perjudicado, le baste con esgrimir su pretensión tendente a que se ha producido tal conducta dañosa, siendo la otra parte (la destinataria de la acción, la del autor de la conducta), por ese “onus probandi”, la que habría de acreditar la diligencia de su conducta, y, por lo tanto, la inexistencia de los presupuestos derivados de la responsabilidad.

Ahora bien, si lo indicado anteriormente responde al funcionamiento, en términos generales de normalidad, de la carga de la prueba en una responsabilidad o en otra, a propósito de la responsabilidad extracontractual, se estima que, en ciertos supuestos, *debe excepcionarse ese “onus probandi”*, o sea que, por las razones que fueren, también en sede de responsabilidad extracontractual, dicho “onus” debe funcionar en términos análogos a los de la responsabilidad contractual, con lo cual, no solo se aproximan ambos tipos de responsabilidades, sino que el autor de la conducta o demandado, se ve favorecido o mejorado porque, inicialmente, se considera que el despliegue de su actividad ha sido conforme a los dictados reguladores de la misma, y que a través de dicha conducta no se ha producido la infracción del “*Naemine Laedere*”. Ello puede cobrar especial importancia ya dentro de la responsabilidad civil profesional, cuando —como se dijo en su momento—, acontece el evento excepcional de que estos profesionales incurrir, en su caso, en una responsabilidad extracontractual porque, por razones de necesidad sin que exista el normal aparato previo negocial con el destinatario del “*facere*” profesional, se produce la conducta determinante de tal responsabilidad, lo cual puede acontecer, por ejemplo, en los casos de responsabilidad médica, cuando por razones de urgencia, se dispensa un acto médico a persona con la cual no ha existido precisamente un contrato o un negocio de tipo asistencial, o cuando se trata de la ruina de un edificio, por esa circunstancia calamitosa que exige la urgente intervención del profesional; tema éste extensivo a cualquier otro profesional de homologación en su titulación o en su cometido (ejemplo. Ingenieros o informáticos).

En estos casos, este principio de “excepción de la inversión” si tiene especial interés, porque, sin perjuicio de estar dentro de la llamada responsabilidad civil extracontractual, sin embargo, por las razones que luego se apuntan, por parte del propio Tribunal Supremo se han invertido los términos y se considera que, aún, dentro del seno de dicha responsabilidad, el responsable demandado, inicialmente goza de la presunción de una actuación diligente, y que tiene que ser la otra parte la actora (la perjudicada o dañada), la que habrá de acreditar la realidad de la presuposición integradora de esta responsabilidad.

Cuales sean las causas determinantes de esta excepción, pueden provenir; por una especial tutela de los intereses del que así actúa (el profesional), lo que parece sea atendible, y más bien ha de explicarse porque quien así actúa y ejercita un “*facere*” responde a su actividad y oficio, del cual en base a su titulación o conocimientos obtiene sus recursos económicos de supervivencia por lo que, en principio y por el propio prestigio o autoridad insitos en esa titulación o conocimiento dentro de unos modelos o baremos de licitud, se estima que no es igual una conducta en quien carece de tales atributos, a una conducta del que así esté investido de tal profesionalidad, por lo cual, inicialmente, ha de gozar con que su conducta responde al propio dictado de su “*lex artis*”, con independencia de que, en su caso, se acredite lo contrario; por eso, como se dice, esta inversión implica se deba contemplar la pre-



tensión indemnizatoria bajo esa modificación del “onus probandi”, y que sea justamente el perjudicado el que debe acreditar que el “facere” del profesional no es ajustado a las reglas ordenadoras de las mismas, lo que, por último, confluye en que en la llamada responsabilidad civil profesional, se tenga que concluir en dos realidades inconcusas; la primera:

— Que si la misma discurre dentro de su cauce natural de la responsabilidad civil contractual, el “onus probandi” debe imponerse al eventual dañado o perjudicado, en este caso, usuario o destinatario de los servicios, o lo que es igual, al acreedor en la relación preestacional derivada; y la segunda:

— Que si se trata de responsabilidad civil extracontractual, por el juego de esa excepción a la inversión (y aunque sea con carácter excepcional) también el “onus probandi” deberá asimismo afectar o incumbir al posible dañado o perjudicado. De tal forma que, en un supuesto como en otro, inicialmente, se presume con valor “iuris tantum”, que el profesional actúa dentro de la correspondiente licitud; por ello, ya desde el punto de vista de la propia jurisprudencia de intereses, es indiscutible que en este tema concreto, el profesional goza de una situación, en cierto modo, de privilegio, frente al receptor de sus servicios y el eventual receptor asimismo de la posible conducta ilícita y de los daños producidos.

#### b) PRESUNCION DE DILIGENCIA EN EL DEUDOR DAÑADOR FRENTE A LA CULPA

Ya se ha expuesto, que salvo las excepciones referidas, la responsabilidad civil profesional, encuentra su tratamiento adecuado dentro de la responsabilidad contractual, y que en esta responsabilidad, ese “onus probandi” recae en el eventual perjudicado por el hipotético ilícito en que ha incurrido el autor de la conducta, por lo que teniendo en cuenta el nexo contractual que existe entre los interesados, la carga probatoria recae en el perjudicado, en concreto, el acreedor, el cual habrá de acreditar debidamente que acontecen todos los requisitos determinantes de la responsabilidad civil en que ha incurrido el deudor:

1.º La acción o conducta positiva u omisiva.

2.º Su culpabilidad, esto es, la transgresión de la “lex privata contractus” o la subsunción de dicha conducta en alguna de las cuatro causas determinantes de la responsabilidad del art. 1101 C. c.

3.º El daño o perjuicio inferido por dicha conducta en el actuante, el acreedor.

4.º Y la relación de causalidad entre esa conducta y el daño producido.

Con base a esos factores de origen, la posición que en la controversia o en la correspondiente reclamación, asume el deudor en esa relación contractual, es de un presumible incumplidor al que se le imputa su cualidad de dañado, con lo que, en cierto modo, disfruta de un privilegio, por cuanto “ab initio” y, tras el planteamiento de la pretensión indemnizatoria, los institutos jurídicos tratarán a dicho deudor o demandado, como parte carente de conducta reprochable alguna y, que mientras no se



demuestre lo contrario no es culpable, por cuanto juega a su favor la llamada presunción de diligencia; presunción “*iuris tantum*”, entendedora de que es diligente y por lo tanto no ha incurrido en ninguno de los aspectos de ilicitud determinante de su responsabilidad, en tanto en cuanto el perjudicado, el acreedor o actor, no acredite cuanto se ha expuesto anteriormente.

Reincidir o reiterar el favorecimiento o la posición de privilegio que, ante estas posibles acciones de reclamación, goza el deudor, es algo bien evidente porque, como se dice, tiene a su favor todas las previsiones o prescripciones legales de que en su comportamiento actuó con la debida diligencia, y que “*ab initio*” no ha incurrido en ninguna de las causas determinantes de su responsabilidad.

## SEGUNDA PARTE LA LEX ARTIS AD HOC

### SU ACOGIMIENTO JURISPRUDENCIAL:

Teniendo en cuenta que existe ya un cuerpo sólido de doctrina, en donde se acoge “*nominatim*”, el módulo enjuiciador de la actuación medico-sanitaria inmerso en la expresión “*lex artis ad hoc*”, entre otras pueden citarse las sentencias de 7 de febrero y 29 de junio de 1990, 11 de marzo de 1991, 23 de marzo de 1993, y 25 de abril de 1994, conviene, no obstante, explicitar toda su amplia integración. Puede entenderse la “*lex artis ad hoc*” como 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 transcendencia vital del actor, y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos —estado o 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).

Siendo sus notas:

A) Como tal “*lex*” implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos que valoran la misma.

B) Objetivo: Se trata de valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos.

C) Técnica: Los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor.

D) Profesionalidad: El autor o afectado por la “*lex*” es un profesional de la medicina.

E) Módulos de integración axiológica: a) autor: circunstancias personales y profesionales —especialidad— del médico; b) del objetivo sobre que recae: especie de acto (clase de intervención, gravedad o no, dificultad de ejecución); c) factores endógenos: tanto en la intervención o en sus consecuencias puede haber influido el estado del enfermo —grave o no—, así como sus familiares —tensión suplicante por la enfermedad—, la misma organización sanitaria —debe actuar o no, con medios o instrumentos adecuados o no—, etc.

F) Concreción de cada acto médico o presupuesto “ad hoc”. Tal vez sea este el aporte que individualiza a dicha “lex artis”. Así como en toda profesión rige una “lex artis”, que condiciona la corrección de su ejercicio, en la medicina esa “lex”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido y otro los factores antes vistos (no es igual valorar a efectos de responsabilidad, v.gr., una asistencia a un enfermo moribundo, que a otro leve; una autopsia, que un reconocimiento; recomendar un tratamiento dietético, que suministrar un medicamento; practicar una cesárea un médico rural de Condemios de Abajos, que el equipo médico del Queen Victoria Medical Center de Melbourne; etc.).

Consecuencia. Según sea dicha “lex artis ad hoc” —siempre, pues, aplicable a cada acto médico individualizado— así repercutirá:

— En la legitimación: quién debe actuar, cómo y cuándo (requisitos de consentimiento o material sanitario).

— En la esfera funcional o eficacia del acto médico, dependiendo en su caso del centro sanitario, cobertura social o no.

— En la importante medición de su responsabilidad: se actuó o no con corrección, hubo o no daños, hay o no responsabilidad, de quién, por qué, atenuación o agravación.

Según sea el sentido aplicatorio de dicha ley, la responsabilidad se proyectará en condonación, atenuación o agravación.

De todo lo anterior se puede afirmar, de modo gráfico, que en la medicina es una verdad apodíctica —*cada acto, una ley*—, en la idea de que cada acto médico precisa para su adecuado ajuste de corrección —es decir, para valorar tanto el elemento causal, autor y diligencia desplegada, como el efecto o fin obtenido, resultado de dicho acto en el paciente/sociedad— la preexistencia de una “lex” que así lo juzgue o, incluso, y en razón de la peculiar gestación de este en relación con aquel, se podrá hasta opinar que en el mismo acto el que genera, por una especie de mecanismo de autorregulación, su propia ley, con la que, indefectiblemente, habrá de enjuiciarlo.

De todas estas manifestaciones se subraya la singularidad de la RESPONSABILIDAD.

Es, sin duda, el sol de las manifestaciones epigrafiadas, y hacia cuya meta suele conducirse toda la gama precedente de operatividad de la regla: si se contempló su presencia en la esfera de preconstitución de la relación asistencial entre médico y enfermo, si se tuvo en cuenta cómo la gravedad o no de la dolencia, junto con las características de la sede en la eficiencia de ésta, todo ello se hizo en pos de que al fin se atribuiría cada resultado al balance último determinante de la responsabilidad del médico actuante,

porque, según fuese el cariz de una u otra, según el juicio emitido por la Ley fuese uno u otro, así habría que sumar o restar la envergadura o peso de la onerosidad contraída por su autor; cuando por ejemplo, se inició el acto, con pleno consentimiento y lucidez del enfermo que asintió expresamente a la intervención, tras la adecuada INFORMACION cuando esta tuvo lugar en un ambiente de idoneidad de medios y circunstancias, parece que el resultado que se obtenga puede perfectamente imputarse al médico en un sentido de aprobación o repulsa según los dictados más normales o de general acaecimiento; mientras que si por el estado crítico del enfermo, por la falta de medios y la perentoriedad de la ineludible intervención, tuvo el profesional que afrontar una prestación “in extremis et in calami”, el juicio censor que califique el resultado producido, incluso en su peor exponente de progenie letal, habrá de acoplarse con las adecuadas templanzas. Es todo lo que cabe sistematizar como sigue:

— Asunción de consecuencias. Dicha responsabilidad no es sino la onerosa atribución de los efectos materiales producidos con la intervención facultativa cuando los mismos, en una relación de causalidad, pueden asignarse mediata e inmediatamente a su autoría; porque se intervino así, o porque se ejecutó el acto médico de esta forma —liturgia de factor “ad hoc”—, se produjeron estas consecuencias, que, por ende, son imputables a su autor. Hasta en la misma dogmática jurídica, el nivel asignativo de la responsabilidad, como juicio de reproche a una conducta social (en puridad, también ese juicio, aunque no de reproche, tiene lugar cuando el acto lícito no produce perjuicio alguno, y se dice entonces que el autor no devino en responsable, al margen de otras vías de ilicitud y de irresponsabilidad: cuando su autor no es imputable o concurren las causas de justificación que señala la penalística), se muestra con un baremo de proporcionalidad; es decir, a una conducta que produce daño/perjuicio ha de imponerse a su autor, como sanción por su responsabilidad, el deber de reparación de la erosión causada (paradigma del aquiliano art. 1902 del Código Civil o indemnización por incumplimiento según el art. 1101 del Código Civil; si es que en la hipótesis no concurren otros elementos de particular proyección en la fuerza o dinámica productora del daño; v. gr., un especial dolo o intención de infringir o, en caso contrario, cualquier evento involuntario que produzca o agrave las consecuencias) casi en sus justos términos aritméticos (al “quantum” del daño la solución de indemnizar al responsable dicho “quantum”); por el contrario, acaecidos aquellos elementos de interferencia, se habrá de modular ese “quantum” bien agravándolo, bien reduciéndolo, o, incluso, eliminándolo; es lo que se examina a continuación.

— Vías de agravación. Si el factor “ad hoc” descubre, en ese acto médico enjuiciado, que la actuación del profesional es merecedora del mayor grado de reprobabilidad, su responsabilidad ha de ser igualmente maximalista; así, si v.gr., contando con todos los medios a su alcance, en unas circunstancias materiales adecuadas, se produce el evento dañoso porque no actuó el facultativo con la diligencia debida, sino que, al contrario, lo hizo con la variedad censora de impericia, negligencia, desidia, imprudencia que cabe globalizar en la “malpractice” ocasionante de un MAL o DAÑO al paciente, evidente o desproporcionado, es claro que su responsabilidad será total, debiendo pechar con todas las consecuencias dañosas, derivadas de su intervención, mediatas o inmediatas en los términos análogos a los de la responsabilidad en caso de dolo del art. 1107.2 del Código Civil, cuya sede, aunque contractual, puede informar también la praxis explicatoria del modelo inexpressivo aquiliano, sin que a ello obste la cada vez más atenuada diversidad conceptual o técnica de una —culpa— u otra; la agravación resultará de que se incluya en la zona de cobertura un daño previsible como



otro sucesivo y, además, se impute sumandos de rentabilidad o interés económico, y a causa de una intervención intencionadamente contraventora con la técnica médica; es obvio que el autor imprudente es más responsable que el simple negligente y el doloso o voluntario —que lo hizo porque quiso— aún más debe responder.

— Módulos de templanza. Por influencias atenuantes o exonerativas: circunstancias “ad extra”.

En la hipótesis contraria a la expuesta, si el factor “ad hoc” de la Ley revela que el daño producido con el acto médico no es totalmente atribuible a su autor, porque en el evento se ha interferido un mecanismo de pro genie involuntaria o imprevisible, habrá de acompañar el módulo cuantitativo de la sanción. Se podría enumerar este cúmulo de circunstancias “ad extra”, o sea, que sin ser de ontología profesional/médica, influye en y el modo en que se practicó la prestación y, por ende, del monto de responsabilidad derivado:

Enfermedad: ya se expuso que, según sea esta liviana o no, grave o no, determinará la intervención o despliegue, en su caso, de todos los talentos o competencias del facultativo; que se produzca un error en el diagnóstico o un resultado dañoso ante una dolencia tipo o corriente en razón de la ligereza de la conducta, no es lo mismo que se produzca ese efecto cuando por la gran dificultad patológica, por la presencia de un factor indescifrable o enigmático para la ciencia —la temible virología— por el dramatismo de la dolencia que no permite ninguna dilación, la correspondiente intervención haya sido humanamente la única posible, máxime si a ese cuadro se agrega una forzosa carencia de medios para el facultativo que hubo de intervenir por aquella encrucijada. En definitiva, puede afirmarse que, según sea la enfermedad, la “lex artis ad hoc” condicionará una atenuación de la responsabilidad, en su caso, contraída por el médico.

Paciente INFORMACION: Según sea su estado anímico, su grado de lucidez y, en particular, su resistencia bacteriológica ante el dolor producido por su enfermedad, así se conducirá en su relación con el médico. No es aventurado que en ciertas intervenciones quirúrgicas —piensese en las de tipo dentario— una actitud no cooperante del enfermo puede ser determinante de la lesión o defecto inferido. Al margen del tema de su aptitud para consentir, su influencia en ese sector depende de que con su conducta ayude o no, dificulte o no, la labor del profesional, de tal suerte que, si es negativo su aporte, habrá de introducirse también la templanza en el monto de la eventual responsabilidad. Y, por supuesto, tras haber recibido la debida información de su estado: gravedad, riesgos postoperatorio, etc.

Familia: Si, presente en el acto, influye con su actitud, presionando en un sentido u otro, al mismo facultativo, el cual, sin perjuicio de que deba eludir esta compulsión ambiental, puede, en algún caso concreto —factor ad hoc—, ceder ante tales impulsos que clamen, v. gr. por la dispersación de un medicamento o práctica operativa que luego desarrolle una imprevisible onda de consecuencias erosionantes; la atenuación de efectos punitivos debe también entonces predicarse.

Control sanitario: Toda la organización asistencial en su cúmulo de medios materiales; edificios, centros, equipos humanos, instrumental, tecnología, sistemas de guardias o sustituciones, puede, en su caso, determinar que un acto produzca unos efectos positivos o no; si el facultativo actuó sin ser sustituido tras una dilatada jornada labo-

ral, sin los medios adecuados o con deficiente cobertura técnica, habrá de justificarse el resorte atenuador en su responsabilidad, y ello sólo el factor “ad hoc” nos lo podrá indicar.

Finalmente ¿cómo se traducirá esa atenuación, o, en su caso, hasta la misma exoneración de responsabilidad? Obvio es que la condonación de cargas o no responsabilidad provendrá de la presencia del evento, mientras que el baremo de atenuación se concretará en 1) disminución del monto indemnizable a lo exactamente producido o rigurosamente probado, en los términos del art. 1107.1 del C. c., también de juego ilustrativo o analógico como en el anterior supuesto visto del art. 1107.2; 2) en una especie de corresponsabilidad compartida, cuando —caso del centro— hay otro norte de causación de la erosión.

### **CRITICA A LA INCLUSION DE LA LEX ARTIS “AD HOC” EN EL COMETIDO APLICATORIO DE TODO PROFESIONAL**

Sería ocioso, tras la exposición que precede, esta confusión, cuyos sostenedores defienden que, en definitiva, ese factor “ad hoc” adosado a la Lex Artis en el “facere” médico, no es sino la aplicación al caso concreto de la norma reguladora, lo que ocurre al enjuiciar cualquier cometido, y por tanto, afirman, todo queda en la general “lex artis” aplicada al caso individualizado. Nada más lejos de la realidad: la verdad indiscutible de que cada acto médico es tan igual a sí, como distinto a los demás —a las circunstancias patológicas son siempre distintas, y hasta es dogmático, que una misma dolencia presenta notas distintas en el mismo paciente— subrayan la entidad de ese factor “ad hoc”.

El médico, en cada acto médico que realiza, nunca se repite aserto que no es predicable de cualquier otro profesional: el ingeniero ante el encargo de repetir un puente ya construido, reitera lo ya hecho, etc. etc.

Corolario será que ante tanta diversidad se tenga en cuenta la esencia individualizadora del evento, con su correspondiente “Lex” reguladora, esto es su respectiva “lex artis ad hoc”.