

## CONSIDERACIONES DE ULTIMA HORA

Creo que, desde la redacción del informe a que se ha hecho referencia al comienzo, procede formular algunas reflexiones sobre una novedad legislativa muy digna de consideración y en torno a la acogida jurisprudencial de los protocolos médicos. A ambos extremos se refieren los apartados siguientes.

1. La Ley de 13 de enero de 1999, de modificación parcial de la de 26 de noviembre de 1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LRJAP), ha introducido en nuestro sistema jurídico una novedad que va a tener considerable relieve en punto a la responsabilidad de las Administraciones sanitarias en el desempeño de sus actividades y -previsiblemente- en lo que respecta a la práctica de sistemas protocolizados de pruebas preoperatorias.

Me refiero al hecho de que el artículo 141.1 de la referida Ley, en su actual y reciente redacción, contempla una circunstancia excluyente de responsabilidad de la Administración que debe ser tenida muy en cuenta. En ese precepto se dice: *“No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”*.

Con este nuevo texto se da carta de naturaleza a lo que la doctrina viene denominando *“estado de la ciencia”* (también se habla a veces de *“riesgos del desarrollo”*), determinante, según una interpretación, de una situación de fuerza mayor que excluye en todo caso la responsabilidad de la Administración (artículo 139.1 de la misma LRJAP, con base en el artículo 106.2 de la Constitución Española). Según otra posible teoría, sería una circunstancia en la que no existe un *daño antijurídico*, en virtud del deber jurídico de soportarlo atribuible al particular lesionado. Esto último es lo que sugiere la lectura de la totalidad del apartado 1 del artículo 141 en su redacción actual, con inspiración en lo que, aplicando el texto anterior, había manifestado la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (por ejemplo, en su sentencia de 4-4-2000).

Sea como fuere, lo cierto es que en la actualidad cobra singular relieve la doctrina de esa misma Sala Tercera, según la cual el elemento de antijuridicidad debe acompañar a cualquier daño para que su producción genere la obligación de resarcirlo por parte del sujeto al que se le puede imputar causalmente. O, dicho de otro modo, la idea de que *no existe antijuridicidad en el actuar de la Administración cuando el “estado de la ciencia” impedía prever o evitar el*

*daño acontecido.*

Aplicado esto al extremo en que nos encontramos, esto es, el de los protocolos preoperatorios, parece que hoy puede sostenerse, todavía con más énfasis que antes, la afirmación de que *un protocolo de ese tipo, revestido de las adecuadas notas de rigor científico, puede ser considerado como circunstancia excluyente de responsabilidad de una Administración sanitaria demandada.*

Conviene recordar que la palabra “protocolo”, en la acepción más adecuada a este caso, significa “acta de un acuerdo”. Se trata aquí de un “acuerdo” entre profesionales de la Medicina, esto es, de una *convención* o de unos criterios *consensuados* en el plano científico. En suma, como decíamos antes, es una especie de *lex artis codificada*.

Si ese “acuerdo”, “consenso” o “convención” goza del respaldo de la *comunidad científica* (extremo que en cada conflicto judicial quedará sujeto a lo que de la prueba pericial se desprenda), creo que puede afirmarse con contundencia que un eventual “accidente” -naturalmente, en tanto en cuanto fuese atribuible de forma exclusiva a las pruebas preoperatorias practicadas- tendría que tener su desenlace en una sentencia absolutoria de la Administración demandada.

2. La jurisprudencia española no ha tenido todavía oportunidad de manifestarse sobre la cuestión que nos ocupa, al menos con pronunciamientos -por así decirlo- de carácter general.

No obstante, ya hay declaraciones judiciales que, siquiera de forma indirecta, abonan al afirmación de que un *protocolo médico* excluye, en quien lo aplica, todo tipo de responsabilidad.

La Sala Primera del Tribunal Supremo hizo alusión a protocolos (a efectos de calibrar la adopción o el apartamiento de ellos en sendas actuaciones médicas) en las sentencias de 8-7-92 y 28-5-94, oportunamente citadas por GIMÉNEZ CABEZÓN en su trabajo *Aplicación de protocolos: consecuencias legales*, “MAPFRE Medicina”, 1999, vol. 10, supl. III, pp. 43-45; lugar en el que se mencionan además otras sentencias de Audiencias en que también hay protocolos de por medio.

Con posterioridad, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 31-5-2000 (“La Ley”, 28 de julio de 2000, pp. 14-15) razona en torno a la aplicación al caso enjuiciado de los criterios que en materia de “espera quirúrgica” se contenían en los protocolos del Hospital Doce de Octubre.

El Tribunal Supremo ha tenido también oportunidad de manifestarse sobre protocolos (en general), con ocasión de los utilizados para suministrar al paciente la información impuesta por la ley. Es decir, los que se encaminan a hacer verdad el llamado *consentimiento informado*.

En la sentencia de la Sala Primera de 7 de marzo de 2000 se enjuiciaba la reclamación formulada contra el Servicio Andaluz de la Salud, por los daños que la actora decía haber sufrido como consecuencia de una intervención de trasplante de médula ósea a la que se había sometido en favor de una hermana. La Sala admite que la actora autorizó la extracción de médula, al considerarla la única forma para que su hermana superase la grave enfermedad que le aquejaba, pero añade el Tribunal que la voluntad de la donante “se encontraba gravemente viciada dado que no había sido informada, y, por tanto, no concurrió consentimiento válido, expreso ni presunto (artículo 1.261 del Código civil)”. La sentencia concluye que el Servicio Andaluz de la Salud no consideró necesario que el consentimiento se plasmase por escrito, en contra de lo legalmente establecido, y añade: “... ni consta que para supuestos de extracción de médula ósea destinada a trasplante, tuviese protocolos informativos normalizados destinados a cumplir con la preceptiva obligación de información”.

De estas últimas palabras parece desprenderse que la Sala habría admitido como instrumento adecuado de información la entrega a la actora de un “protocolo” de los que se mencionan.

La misma idea se encuentra en la sentencia de la Sala Tercera de 4 de abril de 2000. En un pasaje relativo al consentimiento informado, la sentencia dice:

*“Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad, se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.*

*El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que*

*se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.*

De estos textos se puede deducir que muchos (si no todos) de los problemas que suelen suscitarse en el *debate judicial* sobre el consentimiento informado podrían solventarse mediante la fórmula generalizada (esto es, sistemática) de proporcionar al paciente, a efectos de su toma de decisiones sobre determinadas prácticas terapéuticas (fundamentalmente las quirúrgicas), un texto comprensivo de cuanto se considera “contenido” del deber de información.

*Y otro tanto cabría decir, a mi juicio, en relación con otra actuación médica (la de informar, no se olvide, también lo es), cual es la consistente en lo que aquí nos ocupa: las pruebas preoperatorias a practicar en un tipo determinado de pacientes.*