

DR 29 1341

Y hemos de advertir cómo, dentro de este ámbito, dentro de este sector, cobran una especial importancia los principios generales. Y la cobran por tres razones fundamentales. Primero, porque a vida cuenta de la extraordinaria proliferación normativa que hay en el ámbito del derecho administrativo, y no su sujeción a una estructura de código, da por resultado que la inmensa mayoría de las normas constituidas por las que se han llamado leyes medida, al introducirlas en la trama social, plantean problemas de justicia, de ajuste, de situaciones, de intereses y derechos que requieren un sistema flexible de principios generales para calificar y encauzar toda esta clase de situaciones.

Igualmente, la situación que plantean las innumerables resoluciones administrativas, las muchas disfunciones burocráticas, requieren que los jueces cuenten con un conjunto de principios, de contenidos de justicia para su resolución. Finalmente, en el ámbito del derecho administrativo, hay que insertar las llamadas potestades discrecionales que hacen necesaria la existencia de este sistema de control que viene por el sistema de los principios generales del derecho. Entonces, ¿dónde están estos principios? ¿Quién los busca? ¿Cómo encontrarlos? Ya lo hemos adelantado.

Es el jurista. El jurista, y no el moralista, y no el filósofo del derecho, que también tienen su intervención en la determinación de estos conceptos. Pero, por lo que aquí respecta, son los juristas los que, en su quehacer de búsqueda de la estructura analítica de las normas del derecho, son los encargados de su hallazgo en las instituciones y en el total ordenamiento jurídico.

Y no todos los juristas son fundamentalmente dos quehaceres jurídicos los que determinan la obtención, la consecución de la idea de los principios generales del derecho. Son, por un lado, los jueces, por medio de la jurisprudencia que, con un sentido práctico y una autoritas de capacidad conformadora para aplicación futura, los establecen. Pero, junto a ellos, la doctrina, la ciencia jurídica, son los que, en su quehacer de iluminar el sistema institucional del ordenamiento, como dice Entre Rías, explicar sus conexiones propias y permitir con todo ello un funcionamiento más afinado del mismo, los que los encuentran.

Entonces, tratando de resumir, yo podría decirles a que todo el derecho, pero de una manera muy particular, el derecho administrativo se constituye o se construye, mejor dicho, necesariamente sobre un sistema de principios generales que no sólo suplen a las fuentes escritas, sino que son los que dan a éstas todo su sentido y presiden toda su interpretación, como hoy recoge el artículo 1.4 del Código Civil. Cabe que se pregunten ustedes, y yo he de responderles, ¿dónde están recogidos en el derecho español estos principios? El derecho español, como dice Parada Vázquez, no está articulado exclusivamente sobre principios, digamos, acuñados por la jurisprudencia, sino que ha sido, sobre todo, el legislador animado de una doctrina científica muy pendiente del derecho comparado, el que ha establecido estos principios. Y así, por ejemplo, resumiendo, el principio general de la responsabilidad de las

administraciones públicas ya estuvo consagrado en la ley de expropiación forzosa del año 1954, pero el principio angloaxajón ultravives aparece recogido en la regla de adecuación de las potestades administrativas a los fines públicos para los que han sido atribuidas, cuya inobservancia sanciona con la desviación de poder como uno de los vicios que anulan el acto administrativo.

Y así está recogido en el artículo 63.1 de la ley del régimen jurídico de administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y el 83.3 de la ley de la jurisdicción contenciosa administrativa. Otros, por ejemplo, el principio constitucionalmente consagrado de irretroactividad de las normas, artículo 9 de la Constitución, y el principio de igualdad mérito y capacidad para el acceso a las funciones y empleos públicos de los artículos 14, 23, 2 y 103 de la Constitución. Quiero terminar señalando y reiterando la importancia de ellos, haciéndome eco y recogiendo una afirmación feliz, recogida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en la que se afirmaba que son los principios generales del derecho la atmósfera en la que se desarrolla la vida jurídica, el oxígeno que respiran las normas y que penetran, por tanto, su interpretación como su propia aplicación.

Buenas noches y muchas gracias. Les recuerdo que todos los programas de radio que les estamos ofreciendo se encuentran en internet. Cualquier usuario puede escuchar o archivar en su ordenador las diferentes intervenciones de los profesores para su consulta posterior y solo tiene que entrar en el portal de la UNED y activar el botón de la radio.

Tomen nota de nuestra dirección www.uned.es Pero si no tienen internet no se preocupen, los programas de radio los puede encontrar y consultar en la fonoteca de sus centros asociados. Y entramos en otro tema. Ante los fallos o negligencias de los profesionales de la sanidad, son cada vez más numerosos los usuarios que se deciden a denunciar estos hechos, aunque muchas veces los resultados no son los esperados.

¿Por qué? Para poder responder a esta cuestión es necesario conocer las peculiaridades de la responsabilidad civil del personal sanitario. Tres son los elementos esenciales que deben dar para incurrir en responsabilidad civil. La culpa, el daño y la relación causa-efecto.

Aunque este nexo causal es difícil de probar y es ahí donde radica el obstáculo para sacar adelante estas denuncias. Escuchen en primer lugar a la profesora Maripaz Poz de la Flor que examina el concepto de responsabilidad civil y al profesor Alfonso Serrano Gil que explica cómo es la responsabilidad de los sanitarios. Muy buenas noches.

Cuando uno mismo sin intervención de otro causa daño a sus propias pertenencias o a su persona, a nadie puede reclamar la reparación. El problema surge cuando un sujeto sufre un daño en sus pertenencias, en su cuerpo o en sus sentimientos que ha sido causado por otro. Debe por tanto reparar el causante y en qué medida el daño causado.

Esto es la responsabilidad. La sujeción de una persona o más concretamente su patrimonio al poder coactivo del acreedor como consecuencia de haber vulnerado el cumplimiento de una

obligación o el deber genérico de no causar daño a otro, provocando un perjuicio a éste que debe ser reparado. El término responsabilidad aparece en el derecho moderno quizás como uno de los vocablos esenciales y más discutidos en cuanto a otorgarle un sentido jurídico.

Tradicionalmente se le ha equiparado al concepto de derecho de daños. Quizás ello obedezca un poco a la línea de articulación de nuestro Código Civil que se abre en el artículo 1089. Pero lo cierto es que la tradición española llevada a cabo por la propia codificación hace de alguna manera que la responsabilidad aparezca como una relación muy directa entre lo que supone la reparación del daño y la idea de culpa.

Estamos por tanto ante la disciplina de la responsabilidad civil que se avala también en nuestro Código Civil en el artículo 1902, que viene a decir el que por acción o omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado. Este es el concepto denominado responsabilidad civil extracontractual. Este tipo de responsabilidad puede tener un carácter subjetivo y un carácter objetivo.

Cuando hablamos de la responsabilidad subjetiva, tenemos que decir que puede tener lugar bien por hechos propios o por hechos ajenos. En el supuesto de los hechos propios vemos que hay una serie de requisitos o presupuestos esenciales que se requieren, como es la asistencia de una acción o omisión dañosa y antijurídica, como que se produzca un resultado dañoso y que exista un nexo causal entre el comportamiento y el daño con la valoración de una conducta, una conducta que es el término de culpabilidad. Hoy por hoy tenemos que decir que en el momento actual y quizás en el derecho español se conserva un poco el dogma de la responsabilidad subjetiva con estos presupuestos que acabamos de mencionar y quizás con un carácter sumamente general, pero la evolución actual va extendiéndose hacia un concepto totalmente diferenciado que es más objetivo, de forma que actualmente hay dos soluciones o dos tipos de responsabilidad.

Una que lleva a que ha pasado quizás a un tanto concepto individualizado o subjetivo, es decir, que se premia el valor que tiene el objeto dañado para la persona determinada que lo sufre, y por otro lado un concepto más objetivo, objetivo donde el daño no se atribuye ya a un sujeto según la participación que haya tenido en él, sino que se atiende a criterios derivados del riesgo de la utilización, por ejemplo, de sustancias, de máquinas, de todo aquello que pueda suponer un peligro potencialmente peligroso. Bueno, pues este tipo de responsabilidad o esta extralimitación hacia una responsabilidad objetiva es curioso que no tiene su incidencia de esta forma tan tajante y tan paulatina en materia de responsabilidad sanitaria o en materia de responsabilidad de los médicos. Para ello está aquí mi compañero, el profesor Alfonso Serrano, que a quien le cité aquí porque es un gran conocedor de la materia, y nos va a hablar un poco de lo que va a suponer y cuáles son esas peculiaridades esenciales que viene a establecerse en este tipo de responsabilidad sanitaria.

Buenas noches profesora Paus, muchas gracias por su invitación. En relación con la cuestión que me ha planteado, hay que decir que la responsabilidad de los médicos y de los sanitarios

en general, dice nuestro Tribunal Supremo que es una responsabilidad basada en la culpa, es decir que no estamos en presencia en líneas generales de la responsabilidad objetiva. ¿Esto qué significa? Que la obligación del médico y del sanitario en general es una obligación de medios, no de resultados, es decir, el médico lo que está obligado es a poner toda su sabiduría, hacerlo con arreglo a su Lex Artis y aplicarlo de manera correcta, es decir, aplicar sus conocimientos de manera correcta, pero de modo alguno se le puede exigir que obtenga siempre un resultado.

Yo creo que esto es fácilmente entendible, porque si se le exigiera un resultado a los médicos, naturalmente cada vez que no aciertan, cada vez que no curan, serían responsables. Por consiguiente, en materia sanitaria en general, aunque luego a lo mejor podemos observar algunas excepciones, la culpa es determinante para la responsabilidad civil de los mismos. Entonces, para una mejor aclaración, ¿qué elementos realmente componen, para que hablemos de responsabilidad civil sanitaria? Por tanto, se tienen que dar tres elementos para poder exigir responsabilidad civil a un profesional sanitario, que son la culpa, el daño y que entre la culpa y el daño haya un nexo causal, la relación de causa-efecto.

Si no se dan estos tres elementos, no se puede hablar de responsabilidad civil, es decir, que podemos encontrarnos con que un médico ha sido negligente, pero que el daño que se le ha producido al paciente no sea consecuencia de esa negligencia. Es decir, hay casos de estos, pues en efecto se produce alguna vez esta situación, aunque el ciudadano no lo pueda entender, es decir, el ciudadano muchas veces no comprende cómo un profesional que es negligente no pueda ser responsable. Es que muchas veces el problema que tiene el paciente no es causa de la negligencia del médico, es decir, eso se tiene que determinar en el procedimiento civil correspondiente, que se tienen que dar los tres elementos claramente, es decir, culpa, que el profesional inflija su deber de cuidado y eso el juez lo va a determinar normalmente con una buena prueba pericial, donde va a ser de extraordinaria importancia la prueba pericial de peritos públicos, es decir, médicos forenses o no, da lo mismo, y ver si el médico ha infligido su deber de cuidado o no, es decir, si cualquier médico en la misma situación hubiese actuado igual o no hubiese actuado igual, o si de haber actuado de otra manera el resultado dañoso no se hubiese producido.

Eso va a ser muy importante para determinar la culpa del médico. Y luego el daño. El daño ya sabemos que puede ser en derecho civil español de muchas, pueda adoptar muchas formas, desde el daño físico, desde la muerte o lesiones, incluso el daño moral.

Piénsese por ejemplo en las operaciones de cirugía estética, donde una fealdad que se consiga más fealdad que lo que se pretendía, pues en efecto puede sufrir la paciente en ese caso un daño moral y la relación de causa-efecto. Aunque sí me gustaría comentar una sentencia donde el Supremo, sentencia importante por cierto, donde el Supremo ha obviado la relación de causa-efecto, probablemente porque muchas veces el paciente que quiere pleitear contra el médico aquí es donde va a encontrar el camino más difícil, se va a dificultar mucho, que es probar el nexo causal. Es muy difícil muchas veces.

Hay un caso curioso que ocurre en el País Vasco, donde un señor que había sido diagnosticado de un posible infarto, es conducido a un hospital público, en una ambulancia. No se le admitió en el hospital porque no había camas y se le trasladó a otro. En el trayecto sufrió una parada cardíaca y murió.

Bueno pues bien, el médico forense dictaminó que en todo caso hubiese muerto este señor. Luego no había relación de causa-efecto. Es decir, aunque es evidente que no habían actuado bien en el hospital al no haberlo admitido, como la muerte no tenía su causa en eso, el pleito no lo pudieron ganar en una primera instancia los familiares del fallecido.

Sin embargo, el Supremo en última instancia entendió que lo que aquí se había producido era un daño moral, un daño moral porque se le había obligado el derecho a la salud. Es decir, al no haberlo admitido, ni siquiera haberlo recibido en urgencias, ese mismo dato, con independencia de que la muerte o no tuviera su causa en eso, significó un daño moral. Es decir, que algunas veces el Supremo aplica la justicia material, es decir, no aplica estrictamente los elementos que hemos acabado de mencionar.

Y por último, ¿qué supone realmente o qué validez se puede otorgar a ese consentimiento informado que tanto en real preocupa y es lo que más llama la atención? Pues en Europa, dos de cada tres demandas que se plantean contra médicos, dos están referidas a falta de una información previa al consentimiento. No tanto que no haya consentimiento, que el consentimiento normalmente se obtiene, sino que no es un consentimiento correctamente obtenido, es decir, el consentimiento para que se pueda dar correctamente tiene que estar muy bien informado. ¿Sobre qué hay que informar a un paciente? Pues hay que informarle sobre los pros y los contras de lo que le ocurre, es decir, la intervención que se le va a hacer o el tratamiento que se le va a aplicar, hay que explicarle qué beneficios le va a reportar y qué posibles perjuicios también le puede reportar.

Es decir, no todo tratamiento siempre se obtiene en beneficios, puede tener secuelas, efectos secundarios, etcétera. Por tanto, el consentimiento informado es uno de los grandes caballos de batalla de los médicos europeos. En España, desde luego, ya se empieza a observar un aumento paulatino de demandas en materia de falta de información, sobre todo el problema es la falta de información o consentimiento viciado, que sería la consecuencia de la falta de información.

Hay que decir que el procedimiento que se está utilizando en España, sobre todo en los centros públicos, de darle un papelito al enfermo y decirle, esto es lo que le ocurre a usted y fírmelo, ha sido muy criticado por nuestro Tribunal Supremo, en el sentido de que la información previa a un consentimiento se debe hacer de manera individualizada, a cada cual se le debe explicar su problema personal, no darle un papel a todos con carácter genérico para que firme y que se le pueda hacer todo aquello que haya que hacerle, eso es absolutamente incorrecto. Como punto final y para aclarar un poco el tema de la responsabilidad civil a efectos de estudio, quiero dejar un poco claro que la responsabilidad civil se divide en una responsabilidad civil que puede ser

de carácter contractual y una responsabilidad civil de carácter extra contractual. Tenemos que decir que la responsabilidad contractual, en ella la producción del daño tiene un objeto de reparación, en él existe la existencia de un vínculo obligatorio de una relación jurídica entre el autor del daño y la víctima del mismo.

Por otro lado, sin embargo, en el otro tipo de responsabilidad tenemos que decir que esta dimana del incumplimiento siempre de un contrato, en cuya virtud en este caso el ordenamiento jurídico siempre pone a disposición del contratante defraudada toda suerte, digamos, de medios, mecanismos para conseguir la debida indemnización siempre a cargo del contratante incumplidor. Por otro lado, hablamos de una responsabilidad extra contractual que puede tener un carácter subjetivo y un carácter objetivo. La responsabilidad subjetiva bien puede ser por hechos propios, donde se requieren esos presupuestos esenciales que mencionábamos en un principio y que son, a su vez, propios de la responsabilidad civil sanitaria.

Por otro lado, asistimos a una responsabilidad subjetiva por hechos ajenos que viene ya preceptuada claramente en nuestro Código Civil cuáles son los presupuestos esenciales que son objeto de calificación como subjetiva por hecho ajeno. Y, por último, tenemos la responsabilidad subjetiva. Es la línea que decíamos actualmente de evolución que entiende actualmente tanto la doctrina como la jurisprudencia de nuestros tribunales supremos y que destaca porque se da primacía a la existencia de un riesgo.

Cuando hablamos de riesgo sin más, un riesgo donde no viene determinado por la intervención del hombre simplemente, sino que puede ser como consecuencia de la utilización de otros mecanismos, entonces hablamos de responsabilidad subjetiva y, por tanto, hablamos de la teoría del riesgo. Sin más, espero que estas últimas líneas hayan podido servir de aclaración. No obstante, muchas gracias por estar aquí.

Muchas gracias a ti por invitarme. Y muy buenas noches. Buenas noches.

Seguimos en la revista de derecho que les estamos ofreciendo desde Radio 3 de Radio Nacional de España. Ahora con un tema de derecho penal, la estafa. Este delito tiene múltiples peculiaridades.

La más importante o fundamental es la existencia del engaño y así lo define el artículo 248, apartado primero del Código Penal. Cometan estafa los que, con ánimo de lucro, utilizan engaño bastante para producir error en otro, induciéndolo a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno. A continuación, el profesor titular de derecho penal, Alfonso Serrano Gómez, define los elementos esenciales del delito de estafa.