

# Sobre la aplicación de la regla *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario

MÓNICA NAVARRO MICHEL

SUMARIO: 1. *Concepto y fundamento*—2. *Requisitos*: 2.1 Evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia de alguien. 2.2 Control exclusivo por parte del demandado del medio material (instrumento) o personal (dependiente) que haya causado el daño. 2.3 Que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño.—3. *Efectos*: 3.1 Presunción judicial reforzada. 3.1.1 FUNCIONAMIENTO. 3.1.2 SOBRE LA PRUEBA PERICIAL EN «RES IPSA LOQUITUR». 3.1.3 CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL DEMANDADO. 3.2 Objetivización de la responsabilidad.—4. *Supuestos de posible aplicación*: 4.1 Olvido de algún objeto tras una intervención quirúrgica. 4.2 Infección hospitalaria. 4.3 Miembro equivocado. 4.4 Daño desproporcionado (y a modo de conclusión).

Uno de los principales obstáculos con los que se enfrenta el perjudicado al iniciar un proceso judicial de reclamación por los daños sufridos en el ámbito sanitario reside en la dificultad de demostrar los elementos esenciales de la responsabilidad, sobre todo la negligencia del médico <sup>1</sup> y la relación de causalidad entre esa conducta negligente y el daño sufrido.

La dificultad probatoria del perjudicado intenta ser aligerada con la doctrina *res ipsa loquitur*, «la cosa habla por sí misma», procedente de los ordenamientos del *Common Law*. A pesar de su enorme incidencia, es una figura sumamente criticada en los países donde se aplica por los malentendidos que ocasiona, y ya se ha intentado limitar su alcance de forma legal y/o jurisprudencial.

---

<sup>1</sup> Aunque las referencias se hagan únicamente al médico, por razones de claridad expositiva, lo que sigue también es de aplicación al personal sanitario.

Este trabajo tiene por objeto presentar el funcionamiento de esta figura en los países del área anglosajona<sup>2</sup>, conocer los problemas que conlleva su aplicación, y manifestar una posición contraria a su incorporación a nuestro sistema jurídico como regla general.

## 1. CONCEPTO Y FUNDAMENTO

La primera vez que se utilizó la expresión *res ipsa loquitur* en el entorno anglosajón fue en Estados Unidos en el siglo XIX en el asunto *Byrne v. Boadle*<sup>3</sup>, en el que un transeúnte demandó al propietario de una tienda por las lesiones sufridas tras caerle un barril de harina desde la ventana de dicha tienda. El demandante no aportó ninguna prueba directa de la negligencia del propietario o de sus empleados, pero a pesar de ello el caso fue admitido, pues se consideró que un barril no se cae sin la negligencia del encargado de su custodia. En palabras del Juez Pollock, «hay ciertos casos de los que se puede decir *res ipsa loquitur*, y éste parece ser uno de ellos».

La formulación clásica de esta regla proviene de una sentencia dictada dos años más tarde en el asunto *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.*<sup>4</sup>, que, curiosamente, parte de un supuesto esencialmente idéntico: el demandante caminaba junto a un almacén cuando varios sacos de azúcar cayeron inexplicablemente sobre su cabeza.

El Tribunal estableció que «cuando el objeto que causa el daño está bajo el control del demandante o sus empleados, y se produce un accidente que no suele ocurrir en el curso normal de los acontecimientos si quienes están encargados de controlar la situación actúan con diligencia, a falta de una explicación por parte del demandante, constituye prueba razonable de que el accidente se produjo por falta de diligencia».

El mero hecho de la producción de un daño explica, por sí mismo, la historia y el origen de su causación. La experiencia habitual de la vida evidencia la causación negligente del accidente. El sentido común nos indica que los sacos de harina no se caen por las ventanas si el encargado de su vigilancia ha actuado con la debida diligencia; luego la caída misma revela una negligencia en la custodia de los sacos. Y aunque la negligencia no se haya podido demostrar de manera directa, sí se puede deducir indirectamente.

---

<sup>2</sup> *Res ipsa loquitur* es muy similar por no decir idéntica, en su funcionamiento y efectos, a la prueba *prima facie* alemana, y a la *faute virtuelle* francesa, pero aquí me referiré únicamente a la figura anglosajona, por ser menos conocida.

<sup>3</sup> (1863), 159 Eng. Rep. 299, 300 (Ex. 1863).

<sup>4</sup> (1865) 3 H&C 596, 159 Eng.Rep. 665.

El problema surge en el momento en que se abandona este planteamiento anclado en las reglas del sentido común y se pretende ampliar la aplicación de *res ipsa loquitur* a los casos de causalidad compleja. Porque si cabe inferir negligencia en estos casos «sencillos», de causalidad directa, será más difícil en los supuestos en que las circunstancias que rodean a la causación del daño son confusas.

En el inicio de su andadura esta presunción no se consideraba aplicable a los supuestos de malpraxis médica precisamente por la dificultad de integrar los accidentes médicos en la experiencia habitual de la vida. Si un paciente sufre un daño durante una intervención quirúrgica, ¿qué nos indica la experiencia común de la vida? El daño puede ser consecuencia de la negligencia del cirujano, ciertamente, pero también puede ser la materialización de un riesgo típico de la intervención, el resultado de un error compatible con la diligencia, en fin, que no tiene que haber sido causado necesariamente por negligencia del demandado.

Cuando poco a poco empezó a ser admitida la aplicación de *res ipsa loquitur* en el ámbito sanitario, se hizo para casos considerados obvios, como la dejación de objetos en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica o la amputación o extracción de un miembro u órgano equivocado.

La alegación de *res ipsa loquitur* en estos casos intentaba contrarrestar las dificultades probatorias con las que se enfrentaba el perjudicado, derivadas, sobre todo, de la «conspiración de silencio» de los médicos. Así se llamaba a la negativa constante y reiterada de los médicos a prestar declaración en un proceso judicial o elaborar un informe cuando iba a perjudicar a algún compañero. La negligencia en estos casos podía ser inferida vía *res ipsa loquitur* porque se trataba de supuestos tan obvios que no era necesaria la prueba pericial. La experiencia habitual de la vida, el sentido común, nos indica que la amputación de la pierna izquierda en lugar de la derecha no ocurre cuando el médico ha empleado la diligencia debida. Luego necesariamente ha habido negligencia.

En EE.UU. esta figura fue admitida para permitir al demandante tener acceso a un proceso judicial. En las primeras demandas interpuestas por supuestas malas praxis las reclamaciones ni siquiera llegaban a ser examinadas por un jurado, pues eran rechazadas (*nonsuit*), ya que el perjudicado no aportaba suficientes elementos probatorios con la demanda. Para proteger al demandante había que permitirle al menos acceder a un proceso judicial, sin temor a su inadmisión por falta de un principio de prueba, y se hizo excusando su aportación inicial alegando *res ipsa loquitur*. Ello no garantizaba la obtención de una sentencia estimatoria, pero al menos la petición

del demandante era examinada por el jurado. La sentencia podía luego desestimar la petición del reclamante, incluso por falta de pruebas, pero como mínimo se llegaba a esa conclusión tras un proceso de deliberación, en un proceso contradictorio <sup>5</sup>.

Un sector importante de la doctrina inglesa <sup>6</sup> justifica la utilidad de esta figura en el hecho de que el demandado está en una mejor posición para explicar cómo se produjo el accidente. Ciertamente, *res ipsa loquitur* parece especialmente útil en las reclamaciones por negligencia profesional porque permite al demandante, que ignora o tiene un conocimiento insuficiente sobre cómo ocurrió el daño, basarse en el daño mismo y las circunstancias colindantes como prueba de negligencia. Ello impide que el demandado mantenga una posición pasiva en el proceso judicial, coloca al demandado en una posición en la que debe explicar y justificar el método adoptado al realizar una tarea particular.

La necesidad de una explicación en supuestos de daños incomprendibles fue formulada por Lord Denning en *Cassidy v. Ministry of Health* <sup>7</sup> del siguiente modo: si el paciente tuviese que probar que algún médico o enfermera concreto fue negligente, no podría hacerlo. Pero no se le impone esta tarea imposible. Basta que el paciente diga: «fui al hospital para ser curado de dos dedos rígidos. He salido con cuatro dedos rígidos y mi mano resulta inútil. Esto no debería haber ocurrido si se hubiese empleado la diligencia debida. Expliquen, si pueden, cómo ocurrió» <sup>8</sup>.

Ciertamente, el profesional parece estar en una mejor posición en relación con la prueba, pues la mayoría de los elementos probatorios necesarios para llegar al conocimiento de lo que pasó están en su poder, y éste es uno de los argumentos utilizados para justificar la aplicación de *res ipsa loquitur*. Cuando el demandado no colabora con la explicación de los hechos, *res ipsa loquitur* sirve de mecanismo para presionarle a aportar pruebas al proceso, pues evita

---

<sup>5</sup> En el asunto *Byrne v. Boadle*, con la alegación de *res ipsa loquitur* se evitó efectivamente el *non trial*, pero la petición del actor fue posteriormente desestimada.

<sup>6</sup> Entre otros, DUGDALE y STANTON, *Professional negligence*, Butterworths, 2.ª edic., 1989, p. 245; BRAZIER, *Medicine, patients and the Law*, Penguin Books, 2.ª edic., 1992, p. 157; DAVIES, *Textbook on Medical Law*, Blackstone Press Limited, 2.ª edic., 1998, p. 105, y FLEMING, *The Law of Torts*, The Law Book Company, 9.ª edic., 1998, p. 358.

<sup>7</sup> (1951) 2 KB 14. Aquí el demandante se sometió a una intervención quirúrgica para intentar curar una contracción Dupuytren en dos dedos y, tras la operación, acabó con cuatro dedos rígidos.

<sup>8</sup> Volvió a insistir en esta idea *Saunders v. Leeds Western Health Authority*, (1985) 82 LSGaz R 1491; 129 SJ 225: es evidente que una niña sana de cuatro años normalmente no sufre una parada cardiaca durante la anestesia si se ha adoptado la diligencia debida en el proceso anestésico y quirúrgico, por lo que el profesional debe explicar cuál fue la conducta seguida. El mero accidente anestésico no revela, por sí mismo, una negligencia, pero puede hacer surgir la necesidad de exigir una explicación de lo ocurrido.

que el profesional quede absuelto de toda responsabilidad al elegir, sencillamente, no aportar prueba alguna.

Éste ha sido un factor importante en el desarrollo de *res ipsa loquitur*<sup>9</sup>, al producir un efecto persuasivo sobre los tribunales en cuanto a la aceptación de esta doctrina, pero no es un requisito para su aplicación.

El problema, a mi modo de ver, es que un mecanismo utilizado en sus orígenes para aligerar las dificultades del demandante en la prueba de los hechos, que puede ser útil en algunos casos concretos, pase a convertirse en una regla de aplicación y alcance general en el ámbito sanitario.

*Res ipsa loquitur* no supone, como pudiera parecer a simple vista, una respuesta a las dificultades probatorias de la negligencia, sino un desinterés total y absoluto por la negligencia y, lo que es más grave, por la relación de causalidad, como intentaré demostrar a lo largo de este trabajo.

## 2. REQUISITOS

Para poder aplicar esta teoría es preciso que se den ciertos requisitos, que paso a analizar separadamente<sup>10, 11</sup>.

### 2.1 Evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia de alguien

Posiblemente sea éste el presupuesto más controvertido. Se trata de constatar que es más probable que el suceso haya ocurrido por culpa, que sin ella, ya que en el curso ordinario de las cosas no ocurre este tipo de accidentes sin negligencia de alguien.

«La cosa habla por sí misma», pero, ¿qué dice? Puede decir: la negligencia es la única causa posible del daño. O puede decir: la negligencia es la causa más probable del daño porque general-

---

<sup>9</sup> Cfr. *Restatement of Torts, Second*, § 328 D, comentario k).

<sup>10</sup> Los requisitos fueron formulados por WIGMORE, *Evidence*, en su manual de 1905, y a partir de entonces la teoría se ha convertido en una fórmula rígida.

Cfr. PROSSER, «*Res ipsa loquitur* in California», *California Law Review*, 1949, vol. 37, p. 187, e EATON, «*Res ipsa loquitur* and medical malpractice in Georgia: a reassessment», *Georgia Law Review*, vol. 17, 1982, p. 33.

<sup>11</sup> WEIR, *A casebook on tort*, 6.ª edic., Londres, 1988, p. 145, critica que los autores intenten explicar bajo qué circunstancias esta regla es posible, o permitida, o inevitable, cuando no pueden existir reglas aclaratorias: «Si hay pocas reglas que nos dicen en qué casos el demandado era negligente, deben haber aún menos reglas que nos digan cuándo debía haber sido negligente». La cursiva es del autor.

mente éste no se produce sin aquélla. O puede decir: cuando se actúa con diligencia, este daño se produce raramente.

Entre estas tres hipótesis apuntadas, creo que la primera debe ser descartada, dado que cabe la posibilidad de que el daño haya tenido lugar siendo el médico perfectamente diligente.

De las otras dos, una hace referencia a la probabilidad de negligencia del demandado, y la otra, a la probabilidad de ocurrencia del daño, en general. Entre ambas, creo que el requisito hace referencia a la probabilidad de negligencia del demandado, porque centrar el debate en la posibilidad general y abstracta de producción de un determinado resultado supone prescindir de los elementos esenciales de la responsabilidad civil.

*Res ipsa loquitur* indica que el daño normalmente no se produce sin la negligencia del demandado y que, por tanto, es muy probable que la negligencia de éste haya causado el daño <sup>12</sup>.

La regla *res ipsa loquitur* es un juicio probabilístico de sentido común basado en la experiencia de la vida <sup>13</sup>. La eficacia de este juego de probabilidades va a depender de las circunstancias que rodean al caso. El demandado debe probar esas circunstancias, los hechos iniciales que pueden servir de base o indicio para poder deducir que es más probable que lo contrario (*more probable than not*) que la negligencia del demandado fuese la causa del daño.

*Res ipsa loquitur* concede un permiso para inferir la causalidad negligente y, en función de las circunstancias que rodean al caso y de la experiencia habitual de la vida, dicha conclusión estará justificada o no. Si estas circunstancias permiten deducir que lo más probable es que el demandado fue negligente, y que esa negligencia ha causado el daño, cabe acudir al mecanismo presuntivo.

Cuando la balanza de las probabilidades no se inclina claramente a favor del demandante, porque los hechos son poco convincentes, y resulta tan posible que la negligencia del demandado causase el daño como lo contrario, entonces el actor no ha presentado elementos suficientes para poder establecer la presunción. Únicamen-

---

<sup>12</sup> RICO-PÉREZ, *La responsabilidad civil del farmacéutico*, Madrid, 1984, p. 72, formula este presupuesto del siguiente modo: «que el accidente no ocurra sin haber negligencia por parte de alguien, o lo que es lo mismo, tiene que existir una falta o descuido».

DÍAZ-REGAÑÓN, *El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, Pamplona, 1996, p. 176, nota 211, critica esta formulación porque supone tener que probar de algún modo esa falta o descuido para que posteriormente pueda incluirse el supuesto dentro de los correspondientes a la *res ipsa loquitur*, lo cual hace inoperante esta máxima.

<sup>13</sup> Cfr. JONES, *Medical negligence*, Sweet & Maxwell, 1991, p. 99.

te será de obligada aplicación en los casos en que los hechos sean tan convincentes que ninguna persona razonable podría rechazar la presunción<sup>14</sup>.

La mera afirmación de que el daño es «inusual» no es ni puede ser suficiente para condenar a un médico, ya que dicho adjetivo no aporta ninguna calificación jurídica. El daño inusual o desproporcionado puede ser una pista que nos indique que ha habido una posible negligencia, pero después habrá que analizar las circunstancias del caso (enfermedad, tratamiento aplicado, estado del paciente, actuación del médico conforme a la *lex artis*) para ver si ese daño puede ser imputado al profesional o no. Un daño inusual puede ser perfectamente compatible con la diligencia y la corrección en la actuación médica.

Por un lado, cabe la posibilidad de que el conocimiento actual y la experiencia en un momento concreto no puedan explicar cuál es la causa del daño<sup>15</sup>. Por otro lado, puede que el daño sea un riesgo inherente al acto médico, aunque infrecuente. Indudablemente todo acto médico, sea quirúrgico o no, conlleva un riesgo y cuando éste se produce no cabe condenar automáticamente al profesional, pues siendo inherente al acto médico y dependiendo de la reacción del paciente al mismo, no es evitable, aun empleando el nivel máximo de diligencia posible.

Por último, el error no conlleva necesaria y automáticamente una declaración de negligencia, por lo que es insuficiente para establecer la responsabilidad civil del profesional<sup>16</sup>.

Si el demandado únicamente tuviese que demostrar que ha sufrido un daño que no ocurre normalmente, el médico se convertiría en un asegurador de lesiones raras pero inevitables con la diligencia debida.

---

<sup>14</sup> Cfr. *Restatement of Torts, Second*, comentario m) al § 328 D.

<sup>15</sup> Estoy pensando, por ejemplo, en el asunto *Roe v. Ministry of Health* (1954) 2 WLR 915, 2 All ER 131, que resolvió el siguiente supuesto de hecho: dos pacientes ingresaron en un hospital para sendos actos de cirugía menor y acabaron con parálisis permanente en las extremidades inferiores. Se descubrió que las ampollas del anestésico tenían unas pequeñas grietas, que no eran detectables mediante la inspección ordinaria, por las que se filtraba el desinfectante en el que se almacenaban las ampollas, contaminando el anestésico que después se inyectaba por vía dorsal.

El anestesista y el centro fueron absueltos porque, en el momento en que se produjeron los hechos, esta eventualidad no era conocida. Fue precisamente este accidente el que destapó el riesgo descrito.

Por cierto, de este asunto procede la célebre frase «no se puede examinar el accidente de 1947 [fecha en que ocurrieron los hechos] con las gafas de 1954 [fecha en que se juzgaron los hechos]».

<sup>16</sup> Entre otros, véase ATAZ LÓPEZ, *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, 1985, p. 313; JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, 1985, p. 59, e YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, p. 294.

## 2.2 Control exclusivo por parte del demandado del medio material (instrumento) o personal (dependiente) que haya causado el daño

Una vez inferida la negligencia, ésta debe poder atribuirse a alguien: será condenado al pago de una indemnización quien tenga el control exclusivo del instrumento o de la persona causante del daño. No es necesario el control real, actual, sino que es suficiente la posibilidad de ejercer el control<sup>17</sup>. El control del demandado debe ser exclusivo, sin posibilidad de interferencias por parte de terceros no autorizados en las circunstancias o medios que causaron el daño<sup>18</sup>.

El *Restatement of Torts, Second*, § 328 D (1)(b), formula este requisito del siguiente modo: se aplicará la deducción de causación negligente sólo cuando «otras causas responsables, incluyendo la conducta del demandante y de terceras personas, hayan sido debidamente eliminadas por la prueba». Es decir, no está expresado tanto en términos de control, como de ausencia de factores concurrentes en la causación del daño<sup>19, 20</sup>.

El problema es que, en el entorno sanitario, la mayoría de las lesiones derivan de una combinación de factores personales (actos cometidos por varios agentes) y materiales (instrumental o maquinaria a disposición del médico).

¿Qué ocurre cuando nos encontramos frente a varias personas que participan en el acto asistencial? Cuando el demandante no

<sup>17</sup> Sin que esto signifique que tenga que estar bajo su control en el preciso momento del daño; basta que se tenga sobre él un poder de control y la oportunidad de ejercerlo. Cfr. PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 250.

<sup>18</sup> Dos asuntos planteados contra compañías de ferrocarril por personas que se habían caído del tren al abrirse una puerta contra la que se habían apoyado ilustran el grado de control necesario para aplicar *res ipsa loquitur*.

En *Gee v. Metropolitan Ry Co.* (1873) LR 8 QB 161, se condenó a la empresa demandada por negligencia: ejercía el control exclusivo sobre las puertas, pues el hecho había ocurrido justo al iniciar su trayecto.

En *Easson v. LNE Ry Co.* (1944) 2 KB 421 (1944) 2 All ER 425, CA, el resultado fue absolutorio: era imposible que las puertas de un tren que va desde Edimburgo hasta Londres estuviesen bajo el control continuo y exclusivo de la compañía ferroviaria; durante el trayecto existen interferencias de los pasajeros. La caída del tren se produjo siete millas después de la última parada.

<sup>19</sup> El comentario g) a este precepto apunta que el control exclusivo es simplemente un hecho que permite establecer la responsabilidad del demandado, pero si se puede deducir de otra manera, el control exclusivo no es imprescindible. La cuestión esencial es entonces determinar si la causa probable del daño es de tal naturaleza que el demandado tenía la obligación de anticipar su ocurrencia, o de proteger al demandante frente a ella.

<sup>20</sup> *Kelly v. Hartford Casualty Insurance Co.* 86 Wis. 2d 129, 271 MW 2d 676 (1978), el tribunal superior de Wisconsin interpreta control en el sentido de excluir *res ipsa loquitur* «cuando la lesión se pueda atribuir razonablemente a una condición preexistente, reacción alérgica o alguna otra fragilidad del demandante».

puede identificar a la persona concreta que causó el daño, caben dos posibilidades: o imponer responsabilidad a todos los intervinientes, solidariamente; o a ninguno porque nadie tiene el control exclusivo.

El planteamiento tradicional de *res ipsa loquitur* es el siguiente: cuando el actor puede demostrar que la negligencia de uno de los demandados probablemente causó el daño, pero no puede identificar cuál, la regla no es aplicable<sup>21</sup>. Resulta evidente que, por ser necesario el control exclusivo del demandante para poder imputarle responsabilidad, a falta de aquél no cabe atribuir ésta.

Frente a esta postura clásica se alza *Ybarra v. Spangard*<sup>22</sup> en el que el demandante sufrió una lesión inexplicable en el hombro durante una operación de apendicitis, a consecuencia de la cual perdió el uso del brazo. El Tribunal Supremo de California aplicó *res ipsa loquitur* a todo el personal sanitario que participó en la intervención o cuidado postoperatorio. Aunque era casi imposible que todos los médicos y enfermeras causasen la lesión, la sentencia estableció que «cuando el demandante sufre lesiones inusuales mientras está inconsciente y en el curso de un tratamiento médico, cabe llamar a todos aquellos demandados que tenían algún control sobre su cuerpo o los instrumentos que podían haber causado las lesiones, para que hagan frente a la inferencia de negligencia que se alza contra ellos, dando una explicación de su conducta».

Esta sentencia ha sido muy criticada<sup>23</sup> por introducir un efecto de extensión indeseable de *res ipsa loquitur*.

En el ámbito sanitario, se produce una particularidad: aunque no se pueda identificar el sujeto concreto que, con su acción u omisión, causó el daño, y/o aunque los distintos sujetos del acto médico actúen en un plano de igualdad, sin estar subordinados entre ellos, encontraremos casi siempre un superior jerárquico, común a todos, que sí tiene el control exclusivo de sus dependientes: el centro sanitario.

Cuando interviene un equipo médico, existe la dificultad de identificar con precisión cuál ha sido la incidencia de la participación de cada uno de los sujetos en el proceso causal. Si durante el acto quirúrgico o de tratamiento han intervenido varios profesionales es difícil determinar en qué medida ha incidido cada uno de

<sup>21</sup> Cfr. PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 251 ss., y KING, *op. cit.*, p. 120.

<sup>22</sup> (1944) 154 P.2d 687 (Cal. 1944) (1949) 93 Cal. App. 2d 43, 208 P.2d 445.

<sup>23</sup> Sobre todo, por SEAVEY, *Res ipsa loquitur: Tabula in naufragio*, Harvard Law Review, 1950, vol. 63, p. 644, quien mantiene que esta doctrina ha abierto la caja de Pandora de los malentendidos en los tribunales.

Pero también ha sido seguida por otros tribunales. Así, *Calvin v. Jewish Hospital of St. Louis*, 764 SW. 2d 602 (Mo.Ct.App.1988), en que, tras una intervención quirúrgica en la parte inferior de la espalda, el paciente sufrió parálisis del brazo.

ellos en la causación del daño. Este escollo puede ser vencido: si todas estas personas tienen el mismo superior jerárquico, cabe imponerle responsabilidad a éste <sup>24</sup>.

Volveremos sobre esto en la última parte del trabajo, al examinar el supuesto de dejación de algún objeto en el cuerpo del paciente.

### 2.3 Que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño

A veces la formulación de este elemento hace hincapié en la ausencia de culpa de la víctima, otras hace referencia únicamente a la falta de contribución a la causación del daño, sin mencionar la negligencia. Ésta me parece una formulación más adecuada porque es preciso hablar en términos de relación de causalidad, no de negligencia. No hay que atender tanto a la entidad de la culpa de los sujetos involucrados en el daño, cuanto a la contribución causal de las conductas en la producción del daño <sup>25</sup>.

Pero ¿hasta qué punto el comportamiento del perjudicado que contribuye a causar el daño debe excluir la aplicación de *res ipsa loquitur*? Porque si bien es cierto que cuando la participación de la víctima en la causación del daño es de tal entidad que permite hablar de interrupción del nexo causal, de «culpa exclusiva de la víctima», no es menos cierto que en ocasiones estaremos ante un supuesto de concurrencia de causas. El daño puede haber sido causado tanto por la conducta del perjudicado como por la del demandado. En estos casos, la responsabilidad debe distribuirse entre las distintas personas que han ocasionado el daño, atendiendo al grado de participación o intervención en su producción.

Y esta conducta (del profesional) que contribuye parcialmente a causar el daño ¿por qué no va a poder ser demostrada a través de

<sup>24</sup> Así procede la jurisprudencia del Reino Unido, condenando al centro con base en *res ipsa loquitur* porque tiene el control exclusivo de sus dependientes. *Cassidy v. Ministry of Health*, ya citada, condena al *National Health Service* a pesar de no identificar a ningún empleado que pudiera haber sido negligente, por ser el empleador común.

KING, *op. cit.*, p. 120: quien responde por hecho ajeno cumple este requisito de *res ipsa loquitur*.

CHRISTIE y MEEKS, *Cases and Materials on the Law of Torts*, American Casebook Series, 2.ª edic., 1990, p. 221, refiriéndose a *Ybarra*, creen que el asunto no hubiese sido difícil de haber impuesto responsabilidad al propietario del hospital por los hechos de los miembros del equipo médico.

<sup>25</sup> Cfr. MORENO FLÓREZ, *¿Concurrencia de culpas o concurrencia de causas?*, Actualidad civil, 1986, p. 2293; PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1.902 del Código civil», en *Comentario del Código civil* del Ministerio de Justicia, t. II, Madrid, 1991, p. 1997; DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993, p. 814, e YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, 2001, p. 207.

En contra, DE COSSIO, *La causalidad en la responsabilidad civil: estudio del Derecho español*, ADC, 1966, p. 553.

*res ipsa loquitur*? Dicho de otro modo, la participación de la víctima en el resultado dañoso, ¿por qué debe impedir automáticamente inferir la negligencia del médico? ¿Acaso no es posible utilizar el mecanismo presuntivo para demostrar, aunque sea indirectamente, la contribución causal (no exclusiva) del médico en el evento dañoso?

De momento, esta posibilidad es más teórica que real en el ámbito sanitario, puesto que en casi todos los casos en que se ha planteado *res ipsa loquitur*, el paciente está anestesiado, por lo que mal puede haber contribuido (poco o mucho) a la causación del daño. Ya hemos visto que el hecho de que el paciente esté anestesiado y no pueda conocer cómo se han producido los eventos es una de las justificaciones de *res ipsa loquitur*.

### 3. EFECTOS

La admisión de la regla *res ipsa loquitur* puede plantear algunos problemas en relación con sus efectos o consecuencias sustanciales y procesales que, a la vez, son los riesgos que conlleva la falta de entendimiento de esta figura. Veamos.

#### 3.1 Presunción judicial reforzada

La regla *res ipsa loquitur* permite demostrar que el daño ha sido causado por la conducta negligente del médico. Es una forma de evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia<sup>26</sup>. Su funcionamiento es esencialmente similar al mecanismo de las presunciones, por lo que resulta necesario analizar, antes que nada, cómo funcionan éstas.

##### 3.1.1 FUNCIONAMIENTO

La presunción judicial es un mecanismo probatorio<sup>27</sup> que permite deducir un hecho a partir de otro que ha sido demostrado en el

---

<sup>26</sup> Entre otros, PROSSER, *The procedural effect, op. cit.*, p. 257, y *Res ipsa loquitur in California...*, *op. cit.*, p. 189; EATON, *op. cit.*, p. 36-37; WEILER, *Medical malpractice on trial*, Harvard University Press, 1991, p. 22; ABLIN, *op. cit.*, pp. 344 y 345, y EPSTEIN, *Cases and materials on torts*, Aspen Law & Business, 7.<sup>a</sup> edic., 2000, p. 282.

<sup>27</sup> La presunción no es, en realidad, un medio de prueba. El derogado artículo 1215 CC lo configuraba como tal, categorización que no era compartida por la doctrina procesalista, para la cual las presunciones son un mecanismo para la fijación de los hechos, ciertamente relacionado con la prueba, pero sin ser un verdadero medio de prueba. Cfr. DE LA OLIVA SANTOS y FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1988, p. 351, y

proceso. El funcionamiento de esta presunción exige tres elementos, reflejados en el artículo 386 LEC:

a) La afirmación base introducida a través de los medios de prueba es el indicio de la presunción, el hecho admitido o probado.

b) La afirmación presumida es el hecho presunto, el hecho nuevo deducido por el juez.

c) Un enlace preciso y directo entre ambas afirmaciones, según las máximas de la experiencia comunes, a las que el artículo 386.1 LEC denomina «reglas del criterio humano». Este enlace justifica la formación de la presunción<sup>28</sup>, y puede ser impuesto por el legislador, en cuyo caso nos encontramos ante una presunción legal, o elegido en cada caso por el juzgador, en cuyo caso es una presunción judicial.

En el ámbito sanitario, a partir del resultado dañoso sufrido por el paciente, ocasionado por el profesional, el juzgador puede deducir la negligencia<sup>29</sup> de éste, cuando se trate de un hecho que normalmente no se produce sin negligencia, debiendo apreciar esta conexión o congruencia a partir de criterios de normalidad, de habitualidad estadística.

En la presunción judicial, el actor deberá probar los hechos que sirven de indicio o afirmación base (relación de causalidad) y el resultado anormal (daño), y estos elementos dejarán ver el hecho que se trata de deducir: la negligencia.

Pero en *res ipsa loquitur* bastará con demostrar el daño. Porque el daño y la afirmación base, causa de aquél, son la misma cosa. No es necesario probar la relación de causalidad o procedencia del daño: ésta se hace evidente mediante la presunción que desencadena la culpa en el demandado.

Se ha dicho que *res ipsa loquitur* es, en realidad, una presunción judicial de culpa<sup>30</sup> en un supuesto concreto, dotada de mayor evidencia y verosimilitud que otros supuestos donde también incide el

SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 1.249 CC», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 414.

La Ley de Enjuiciamiento Civil parece que ha recogido el sentir de los procesalistas al no incluir a las presunciones entre los medios de prueba, enumerados en el artículo 299. El título mismo del Capítulo VI, «De los medios de prueba y las presunciones», pone de manifiesto que son cuestiones relacionadas, pero no confundibles.

<sup>28</sup> Cfr. SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 416.

<sup>29</sup> La culpa ¿puede ser un hecho presunto? Por la negativa se decanta CAVANILLAS MÚGICA, *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987, p. 67: «Siendo la culpa un supuesto normativo y no un hecho, mediante presunción judicial sólo puede fijarse un hecho, del que, en una posterior valoración jurídica, se podrá predicar el calificativo de culposo; en este sentido, la expresión “presunción de culpa” es inexacta».

Técnicamente, así es, pero si la culpa no es un hecho, lo es la conducta humana que, tras el juicio de valor correspondiente, es calificada de negligente.

<sup>30</sup> RICO-PÉREZ, *op. cit.*, p. 73, señala que es un medio de prueba que se asemeja al razonamiento deductivo de las presunciones.

DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 182, va más lejos: el principio de *res ipsa loquitur* se identifica plenamente con una presunción judicial de culpa, y (p. 177) si existe alguna diferencia entre ellas, no tiene mayor trascendencia que la de una simple cuestión formal.

mecanismo presuntivo. La aplicación de la regla *res ipsa loquitur* acorta la verificación del recorrido causal que finaliza en el evento dañoso, por lo que, siguiendo a Díaz-Regañón, podemos calificarla de presunción judicial «reforzada»<sup>31</sup>.

Existe, eso sí, una diferencia fundamental entre *res ipsa loquitur* y la presunción judicial, y es que en aquélla no será necesario demostrar la relación de causalidad, pues está incluida en la presunción, junto al elemento de negligencia<sup>32</sup>.

Pero ¿acaso la relación de causalidad no se puede demostrar mediante una presunción judicial? Aunque en principio nada lo impide<sup>33</sup>, lo cierto es que en el ámbito de la responsabilidad médica el nexo causal es un elemento muy complejo, para acreditarlo será necesario acudir a la prueba pericial y ésta, por su propia naturaleza, impide la aplicación de *res ipsa loquitur*, como veremos seguidamente.

### 3.1.2 SOBRE LA PRUEBA PERICIAL EN «RES IPSA LOQUITUR»

Existe una cuestión conflictiva planteada en los países del *Common Law*, que gira en torno a la admisibilidad de la prueba pericial cuando se alega *res ipsa loquitur*. Cuando el actor alega esta regla ¿puede también aportar alguna prueba pericial?

Si decimos que en esta doctrina «la cosa habla por sí misma, sin necesidad de que hable el hombre»<sup>34</sup>, es lógico pensar que no es necesaria la prueba pericial. Porque si la negligencia del profesional deriva del daño mismo, este enlace entre hecho probado y hecho presunto debe poder ser apreciado por un lego en la materia. El sentido común indica o explica cómo ha ocurrido el accidente, pues la experiencia habitual de la vida nos ayuda a explicar cómo se producen «normalmente» los accidentes.

Frente a esta postura, cabe alegar a favor de la admisión de la aportación de prueba pericial el hecho de que el juzgador generalmente no tiene conocimientos médicos suficientes para inferir, de

---

<sup>31</sup> DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 182, mantiene que la única diferencia con las presunciones judiciales sería que según *res ipsa loquitur* «las posibilidades de fracaso de la presunción son tan exiguas que rozan la imposibilidad; actuarían como presunciones judiciales de culpa «reforzadas» o necesitadas de un menor recorrido lógico en el razonamiento del Juez, por su casi incontestable contradicción».

<sup>32</sup> La presunción es doble: que el accidente se causó de una determinada manera, y que la conducta del demandado en relación con esa causa era negligente. Cfr. PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 247.

<sup>33</sup> PANTALEÓN, «Comentario al artículo 1902 CC», en *Comentario del Código civil*, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1983.

<sup>34</sup> En palabras de ZEPOS y CHRISTODOULOU, «Professional liability», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, 1978, vol. XI, núm. 6, p. 27.

la existencia misma del daño, la negligencia del demandado. Porque ¿qué nos indica la experiencia habitual de la vida sobre la intervención quirúrgica para intentar paliar la enfermedad de Dupuytren? ¿Algo?

Ciertamente, el ámbito sanitario escapa a las reglas de la experiencia común, pero ¿es ello suficiente para impedir la aplicación de *res ipsa loquitur*? La doctrina anglosajona cree que no<sup>35</sup>. Fleming<sup>36</sup> argumenta que se debe admitir la aportación de la prueba pericial porque la noción de sentido común no debe quedar restringida artificialmente a los asuntos en que el juzgador es capaz de formarse una opinión únicamente con base en sus propios conocimientos inexpertos.

Los tribunales estadounidenses siguen esta línea al instruir al jurado sobre la doctrina *res ipsa loquitur* y permitir la prueba pericial en los asuntos médicos<sup>37, 38</sup>.

Pero alegar *res ipsa loquitur* y, al mismo tiempo, recurrir al dictamen pericial parece incompatible: esta posibilidad no es coherente con el propósito originario de la doctrina<sup>39</sup>. Si se necesitan peritos para conocer cómo se realizan «normalmente» las intervenciones médicas, sus riesgos y posibles efectos, entonces las cir-

<sup>35</sup> En *Mahon v. Osborne* (1939) 2 KB 14 se planteó la cuestión de si el conocimiento de lo que ocurre «en el curso habitual de los acontecimientos» debe significar que la opinión del experto es irrelevante, pues se desprende de la experiencia común. Se admitió la presencia de expertos para explicar lo que normalmente ocurre.

ROGERS, *op. cit.*, p. 142, y BRAZIER, *op. cit.*, p. 158, creen que *res ipsa loquitur* no elimina la necesidad de peritos.

KING, *op. cit.*, p. 117: no hay justificación para limitar esta regla exclusivamente a los casos de sentido común. *Res ipsa loquitur* no es simplemente una extensión del principio del sentido común, sino una regla de prueba circunstancial.

<sup>36</sup> FLEMING, *op. cit.*, pp. 355 y 356.

<sup>37</sup> Cuando la causa de la lesión no es de conocimiento común, permiten ambas alegaciones, entre otras las sentencias en los siguientes asuntos: *Connors v. University Associates in Obstetrics & Gynecology*, 4 F.3d 123 (2d Cir.1993), la paciente sufrió una pérdida permanente de la función de una pierna tras una intervención para quedar embarazada (demandados condenados); *Mireles v. Broderick*, 872 P.2d, 863, 866 (N.M. 1994); *Cangelosi v. Our Lady of the Lake Regional Medical Center*, 564 So.2d 654,667 n. 11 (La 1990); *Morgan v. Children's Hospital*, 480 NE2d 464, 467 (Ohio 1985), y KING, *v. Searle Pharmaceuticals*, 832 P.2d 858, 862 (Utah 1992).

<sup>38</sup> Y el *Restatement of Torts*, § 328 D, comentario d) señala que el elemento de la experiencia común, cuestión de conocimiento general, puede ser suministrado por prueba pericial. La declaración de un experto de que un evento normalmente no ocurre sin negligencia puede ser base suficiente para la inferencia. Dicho testimonio puede ser esencial para el demandante en los casos en que, como los de malpraxis, no existe un conocimiento común que permita al lego inferir razonablemente dicha conclusión. Por otro lado, hay otros tipos de malpraxis, como la dejación de esponja en el abdomen del demandante después de una operación, donde no es necesario un experto para informar al jurado que esos eventos no ocurren normalmente sin negligencia.

<sup>39</sup> ABLIN, «Res ipsa loquitur and expert opinion evidence in medical malpractice cases: strange bedfellows», *Virginia Law Review*, 1996, vol. 82, núm. 2, p. 326, considera diametralmente opuesto instruir al jurado sobre la regla *res ipsa loquitur* y después basarse en la prueba pericial para demostrar la culpa.

cunstancias ya no hablan por sí mismas, sino que lo hacen los expertos.

En su origen, *res ipsa loquitur* encuentra su justificación en la posibilidad de inferir negligencia de unos hechos que producen un daño a través de las máximas de la experiencia común. Si el juzgador extrae la prueba de los hechos relevantes de las máximas técnicas de la experiencia (prueba pericial), y con base en ellas condena al profesional, esta resolución tendrá su fundamento en la prueba pericial, no en el mecanismo presuntivo<sup>40</sup>.

No digo con ello que la presunción sea un mecanismo probatorio supletorio al que sólo es posible acudir en ausencia de prueba directa sobre los hechos<sup>41</sup>, sino que la prueba pericial (máximas de la experiencia técnicas) desplaza a la prueba que emplea máximas de la experiencia común (*res ipsa loquitur*). No es tanto que la prueba pericial desplace a la presunción, como que las máximas de la experiencia técnica desplazan a las máximas de la experiencia común.

Únicamente se debería admitir *res ipsa loquitur* en los casos en que el juzgador, sin ayuda de expertos, pueda deducir con base en el sentido común que la causa más probable del daño es la negligencia del demandado. En todos aquellos casos en que sea necesario introducir prueba pericial para explicar una causalidad compleja, *quid* de la responsabilidad médica, no será posible alegar *res ipsa loquitur*, porque entonces no hablan las circunstancias sino los expertos.

### 3.1.3 CAUSAS DE EXONERACIÓN DEL DEMANDADO

Como todas las presunciones judiciales, *res ipsa loquitur* admite prueba en contrario. Antes de examinar en qué consiste, es preciso recordar que si el demandado no ofrece ningún elemento de prueba en contrario, la sentencia no será necesariamente condenatoria. Si la prueba aportada por el actor es insuficiente para convencer al juzga-

---

<sup>40</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 414: «Sobre los resultados de los medios de prueba el juzgador extrae, bien con ayuda de máximas de la experiencia técnicas –dictamen pericial–, bien con ayuda de máximas de experiencia comunes –presunciones–, afirmaciones directamente relevantes para el juicio de hecho de la sentencia».

<sup>41</sup> MUÑOZ SABATÉ, *Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso*, 4.ª edic., Barcelona, 1993, pp. 184 y 593, ha puesto de relieve la importancia que en el enjuiciamiento revisten las presunciones, a las que ha calificado de centro de gravedad de todo el sistema probatorio.

En el mismo sentido, SERRA DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, pp. 426 y 427, quien explica que la oposición jurisprudencial a las presunciones judiciales responde a una desconfianza hacia la persona del juzgador que se traduce, en la práctica, «en un enmascaramiento de las presunciones judiciales, declarando probados externamente en la sentencia mediante el recurso a la “apreciación conjunta de la prueba” hechos cuya convicción se ha formado a través de presunciones».

dor de que sus alegaciones son probablemente ciertas, la sentencia desestimarà su petición, pues *res ipsa loquitur* no invierte la carga de la prueba, que sigue correspondiendo al demandante.

Suele confundirse el mecanismo de las presunciones con la inversión de la carga de la prueba, pero operan en momentos distintos. Las presunciones, junto a los medios de prueba, ayudan a fijar los hechos probados. Fijados ya los hechos, el juez procede a su apreciación o valoración: cuando la actividad probatoria ha sido insuficiente y no se ha podido acreditar la certeza de los hechos (o, al menos, la probabilidad razonable), habrá que acudir a las reglas de la carga de la prueba<sup>42</sup>.

Pero el problema de la carga de la prueba es una cuestión posterior, nunca previa, al de la fijación de los hechos<sup>43</sup>, pues hay que partir de la aportación indiferenciada de los hechos al proceso<sup>44</sup>.

En la responsabilidad civil hay una cierta confusión entre la presunción y la carga de la prueba. Los tribunales canalizan la problemática hacia la carga de la prueba, cuando en realidad no se trata de un supuesto de insuficiencia probatoria<sup>45</sup>.

Como es evidente el riesgo de que el efecto de *res ipsa loquitur* sea concluyente<sup>46</sup>, la reacción del demandado no suele ser pasiva,

<sup>42</sup> CAVANILLAS MÚGICA, *op. cit.*, p. 65: la carga de la prueba no significa tanto la necesidad de esfuerzo procesal en la aportación de medios, como la atribución del riesgo de que, a falta de prueba, un hecho se dé por existente o inexistente.

<sup>43</sup> Insisten en que las reglas de la prueba no pueden tener carácter apriorístico, CORTÉS DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 1.214 CC», en *Comentario del Código civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991, t. II, p. 321, y MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, p. 48.

<sup>44</sup> ¿Acaso el juez va a desestimar la petición del demandante cuando no haya sido éste quien haya probado la negligencia, que sí ha quedado acreditada por la prueba del demandado porque, teóricamente, no le corresponde a él la carga de la prueba de la negligencia? Si el resultado de convencer al juez se obtiene, carece de interés entrar en el problema de la distribución de la carga de la prueba.

<sup>45</sup> Cuando el Tribunal Supremo alude a la necesidad de invertir la carga de la prueba en caso de daño desproporcionado, técnicamente no hay carencia probatoria, sino que se utiliza ese daño como afirmación base de la que presumir la culpa. Pero debido a la desconfianza en el mecanismo presuntivo, el Tribunal Supremo prefiere acudir a las reglas del *onus probandi*, cuando técnicamente no hay ninguna necesidad de ellas.

DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 105: «lo curioso del problema radica en que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, se considera la globalidad de la cuestión probatoria desde la perspectiva de la carga de la prueba». El resultado es una visión parcial e incompleta del tema probatorio. El centro de atención debería ser, preferentemente, el mecanismo mediante el cual se llega a la afirmación de negligencia (o diligencia) en el comportamiento profesional.

MUÑOZ SABATÉ, *op. cit.*, p. 46, está convencido de que «a medida que la prueba se vaya estudiando más detenidamente (...) desaparecerá el mito del *onus probandi* como base del sistema probatorio, volviendo las aguas a su remanso».

<sup>46</sup> Una vez alegada *res ipsa loquitur* ¿produce sus efectos presuntivos automáticamente? El *Restatement of Torts*, § 328 D (2) señala que «es función del tribunal determinar si la inferencia puede ser deducida por el jurado, o si debe ser inferida». Cuando los hechos sean tan convincentes que ninguna persona podría rechazar razonablemente la presunción, el juez exigirá a los miembros del jurado que la admitan.

pero para eludir la aplicación de la regla ¿qué deberá demostrar? *Scott v. London & St. Katherine Docks Co.* establecía la presunción de culpa «a falta de una explicación por parte del demandado», pero no está claro qué constituye una explicación satisfactoria por parte del demandado. ¿Basta demostrar la posibilidad de que el daño se pudo haber causado por otro motivo compatible con su diligencia? ¿O deberá probar la verdadera causa del daño?

En el entorno anglosajón la posición doctrinal<sup>47</sup> y jurisprudencial<sup>48</sup> mayoritarias consideran que no es necesario probar la causa exacta del daño, sino que es suficiente que el demandado ofrezca una explicación causal compatible con su diligencia<sup>49, 50</sup>.

El médico no queda exonerado simplemente con la aportación de una prueba que demuestre diversas hipótesis posibles, teóricas, que expliquen que el accidente pudo haber ocurrido sin su negligencia. Para desvirtuar la presunción, deberá demostrar que el daño pudo haber ocurrido por otra causa, siempre que esa explicación no se corresponda con una eventualidad excesivamente remota e inusual. De la misma manera que *res ipsa loquitur* no ampara conjeturas o especulaciones, tampoco habrían de servir para exonerar al demandado de responsabilidad.

No hay acuerdo en torno a la virtualidad exoneratoria de la prueba de que el profesional demandado actuó con diligencia. En EE.UU., no produce el efecto de desvirtuar la presunción de negligencia del demandado<sup>51</sup>.

Cuando el demandado prueba que el evento dañoso no fue ocasionado por su negligencia, la presunción no queda descartada necesariamente. Aunque el demandado explique que ha empleado toda la diligencia debida, la presunción aún puede funcionar si, en base a la experiencia habitual de la vida, la conclusión es la contraria. Porque aun agotando las medidas de diligencia más exigentes,

---

<sup>47</sup> Cfr. KENNEDY y GRUBB, *op. cit.*, p. 393; JONES, *op. cit.*, p. 100 y 103, y BRAZIER, *op. cit.*, p. 156.

<sup>48</sup> Cfr. *Restatement of Torts, Second*, § 328 D, comentario o). Ésta parece ser también la postura dominante en los países de la *Commonwealth*, según explican ZWEIGERT y KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 3.<sup>a</sup> edic., Oxford University Press, 1998, p. 652.

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, en el asunto *Videto v. Kennedy* (1980) 107 DLR 3d 612, no tuvo éxito la alegación de *res ipsa loquitur* de la demandante que reclamaba daños por perforación del intestino tras operación de esterilización por laparoscopia porque había pruebas de que el daño podía ocurrir por otras causas sin negligencia.

<sup>50</sup> DÍAZ-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 176, opina que la posibilidad de que el daño sobrevenga concurriendo una conducta plenamente diligente es remota, por no decir irreal.

No estoy de acuerdo: hay que pensar en los riesgos conocidos de un tratamiento, que se materializan causando un daño al paciente. Si el daño es la materialización de un riesgo típico, *res ipsa loquitur* no será de aplicación, ya que esos daños pueden ocurrir sin negligencia. Cfr. KENNEDY y GRUBB, *op. cit.*, p. 396.

<sup>51</sup> Cfr. *Restatement of Torts, Second*, § 328 D, comentario n).

lo cierto es que el daño se ha producido. Frente a la demostración de que el accidente no podía haber ocurrido se alza impertérrito el hecho de que sí ha ocurrido. Y por eso, normalmente, la sentencia no desestima la petición del demandante basándose únicamente en la prueba aportada por el propio demandado que fue diligente.

Frente a esta conclusión, en el Reino Unido un sector doctrinal estima suficiente demostrar que el demandado actuó con la diligencia debida<sup>52</sup>.

En EE.UU., algunos Estados han llegado a invertir la carga de la prueba cuando se alega *res ipsa loquitur*, pero esta consecuencia procesal deriva de una confusión con otros mecanismos probatorios aplicables en otro contexto. En sus orígenes, *res ipsa loquitur* no era más que una prueba circunstancial que permitía al jurado inferir, de la existencia misma del daño, que había sido ocasionado por la negligencia del demandado. Poco después se confundió con una antigua regla del *Common Law* que invertía la carga de la prueba al transportista cuando resultaban lesionados los pasajeros de un vehículo<sup>53</sup>. Aquél debía demostrar que su negligencia no era la causa del daño.

Los dos principios, uno concerniente a la suficiencia de la prueba circunstancial, el otro con la carga probatoria, gradualmente se confundieron y entremezclaron, y de esta fusión emergió una doctrina incierta de *res ipsa loquitur*, que ha sido una fuente de problemas considerables para los tribunales<sup>54</sup>. De esta confusión deriva la disparidad de soluciones judiciales en cuanto a la aplicación de la regla y sus efectos procesales. Y el desacuerdo aún existe.

### 3.2 Objetivización de la responsabilidad

Ya hemos visto que *res ipsa loquitur* permite deducir de la existencia misma del daño, que la actuación del demandado ha sido

<sup>52</sup> HEUSTON y BUCKLEY, *op. cit.*, p. 271, y DUGDALE y STANTON, *op. cit.*, pp. 246-247. En palabras de FLEMING, *op. cit.*, p. 362: si no puede señalar causa concreta, deberá probar que adoptó todas las medidas de precaución posibles y que, por tanto, no fue negligente.

<sup>53</sup> Establecida, por primera vez, en el asunto *Christie v. Griggs*, 2 Camp. 79, 170 Eng. Rep. 1088 (1809). El eje de una diligencia se rompió, y un pasajero resultó lesionado. El juez declaró que la carga de la prueba corresponde al transportista, debiendo demostrar que dicha lesión no fue ocasionada por su negligencia.

Esta inversión de la carga probatoria tenía una aplicación muy limitada: sólo se admitía en los supuestos establecidos legalmente, y en aquellas relaciones en las que el demandado había asumido una especial responsabilidad por la seguridad del demandante o su propiedad. En este caso, el transportista había asumido contractualmente la obligación de seguridad en el transporte de viajeros.

<sup>54</sup> Explica esta confusión histórica el *Restatement of Torts*, comentario a), y PROSSER y KEETON, *op. cit.*, p. 243 y 244.

negligente, y que esa negligencia ha causado el daño. No sólo la culpa sino también el nexo causal puede ser demostrado por el mecanismo presuntivo. *Res ipsa loquitur* permite hacer esta inferencia de una sola vez, presumiendo cuestiones que en realidad son complejas y deberían ser objeto de un tratamiento separado. Es muy frecuente que la causalidad quede relegada a un segundo plano en los supuestos de responsabilidad médica, confundida con la culpa y analizada conjuntamente con ella. En la responsabilidad médica es habitual que el daño provenga de varias concausas, no sabiendo con seguridad cuál de ellas es la que ha ocasionado el resultado negativo<sup>55</sup>.

En sentido estricto, *res ipsa loquitur* se aplica única y exclusivamente a los casos en que la experiencia habitual de la vida, el sentido común, permiten hacer ese recorrido deductivo. Lo que ocurre es que se utiliza para demostrar la relación de causalidad incluso en asuntos difíciles, cuando la dificultad estriba precisamente en establecer cómo se ha desarrollado el proceso causal en la actuación sanitaria.

Ciertamente, la responsabilidad civil no muda su naturaleza subjetiva por la alegación de *res ipsa loquitur*. Si aplicamos esta fórmula estrictamente, el demandado no resulta condenado al pago de una indemnización con independencia o al margen de la culpa<sup>56</sup>. La negligencia ha quedado demostrada, aunque no por medios de prueba directa sino a través del instrumento presuntivo, y una vez acreditado un hecho es irrelevante el mecanismo que haya conducido a ese convencimiento.

Pero si la alegación de *res ipsa loquitur* rebasa su ámbito de aplicación inicial reservado para aquellos casos que pueden ser apreciados por la experiencia común, y se pretende utilizar en casos de causalidad compleja, deduciendo el recorrido causal más favorable para el demandante, entonces sí estamos transformando el sistema subjetivo en un sistema objetivo de responsabilidad civil.

Si se prescinde de la negligencia e incluso de la relación de causalidad, *res ipsa loquitur* habrá logrado introducir un paso más en la dirección hacia una responsabilidad objetiva<sup>57</sup>, excediéndose

---

<sup>55</sup> DÍEZ-PICAZO, *Derecho de daños*, Madrid, 1999, p. 238, comenta que una de las características de la jurisprudencia de nuestro país son las erosiones que experimentan las reglas sobre la prueba de la relación de causalidad. «Cuando se trata de actividades que se encuentran especialmente vinculadas con desarrollos científicos o tecnológicos, resulta extraordinariamente difícil conocer bien la forma en que se han desarrollado los procesos causales.» Y aunque en estos casos se puede modificar la carga de la prueba imponiéndola «a quien le resulta más fácilmente accesible, tal regla no puede, en ningún caso, generalizarse».

<sup>56</sup> Como dice YZQUIERDO TOLSADA, *Comentario a la sentencia de 31 de enero de 1990*, CCJC, 1990, p. 288, «por muy presunta que sea, sigue siendo la negligencia el factor de presunción».

<sup>57</sup> FLEMING, *op. cit.*, p. 363: bajo la pretensión de ofrecer reglas probatorias es un instrumento que objetiviza la responsabilidad de los médicos.

con mucho de su propósito inicial. Iniciará el tránsito desde un sistema de responsabilidad por culpa hacia otro que, si bien no es puramente de responsabilidad automática, sí supone la condena al demandado cuya culpa no ha podido ser establecida<sup>58</sup>. Y, lo que es peor, sin conocimiento de la relación causal.

La consecuencia de todo ello es la manipulación de los elementos doctrinales para conseguir una redistribución de los costes<sup>59</sup>. Y si la regla *res ipsa loquitur* se utiliza para fines que no son los propios, tal vez haya llegado el momento, como proponía Prosser<sup>60</sup>, de tirar esta máxima latina a la papelera legal<sup>61</sup>.

No deja de ser sorprendente que un comentario casual hecho por el Juez Pollock a finales del siglo XIX (*Byrne v. Boadle*) haya tenido una carrera tan brillante, pasando a ser una regla probatoria con los efectos examinados, tan alejado de sus pretensiones iniciales.

Cicerón fue el primero (o mejor, el primero de que tenemos noticia) en utilizar la expresión *res ipsa loquitur* como argumento probatorio<sup>62</sup>. A lo largo de su defensa de Milón, Cicerón intenta demostrar que si mató a Clodio fue en legítima defensa, pues las circunstancias que rodean al caso son hechos que revelan, nos indican, nos hablan de la presencia de una causa de justificación<sup>63</sup>. A lo largo del discurso utiliza la misma argumentación basada en indicios, aunque no siempre emplea los mismos términos<sup>64</sup>. Por cierto, sin éxito: Milón fue condenado al destierro.

EHRENZWEIG, «Negligence without fault», *California Law Review*, 1966, vol. 54, p. 1475, ya advertía que *res ipsa loquitur* no presume la negligencia o invierte la carga de la prueba de la negligencia, sino que prescinde de ella.

MARKESINIS, *op. cit.*, p. 173: el efecto de *res ipsa loquitur* es transformar el deber de diligencia debida en una forma de responsabilidad objetiva.

<sup>58</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil...*, *op. cit.*, p. 308 y 309.

<sup>59</sup> WEILER, *op. cit.*, p. 23: *res ipsa* otorga al jurado compasivo una manera de evitar la exigencia de una prueba tangible de la negligencia del médico, cuando esta «negligencia sin culpa» es la única manera de dar al paciente discapacitado acceso al *deep pocket* de la entidad aseguradora del médico para satisfacer su necesidad de una ayuda económica.

<sup>60</sup> PROSSER, *The procedural effect...*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>61</sup> En sentido similar, KING, *op. cit.*, p. 129: en definitiva, lo más razonable sería abandonar *res ipsa loquitur*, con todas sus perturbaciones complejas y redundantes.

<sup>62</sup> En el Discurso *Pro Milone* 20, 53.

<sup>63</sup> ¿Qué circunstancias? Pues el lugar de encuentro, la hora, el hecho de que Milón iba con ropa que entorpece la lucha, en carruaje, acompañado de su esposa, datos estos que revelan su falta de intención de cometer un asesinato. Clodio, en cambio, iba solo, a caballo, y se había desviado para pasar por dicho lugar, sabiendo que Milón no podía dejar de pasar, pues se dirigía a un festejo al que estaba obligado a acudir por el cargo que ocupaba.

<sup>64</sup> Cicerón utiliza la expresión tres veces en el texto, pero no siempre en esos términos. La primera vez sí: *res ipsa loquitur*, pero más adelante habla de *res ipsa tot tam claris argumentis signisque luceat* (XXII, 61) y de *res ipsa loqueretur* (XXV, 66).

Por cierto, que, en otro orden de cosas, demuestra que las expresiones en latín no seguían fórmulas estrictas y rígidas.

Quién sabe si el juez Pollock estuvo leyendo a Cicerón la noche anterior<sup>65</sup> y decidió utilizar esa expresión en el asunto *Byrne v. Boadle*. Pero, ¿cómo puede ser que esos términos hayan alcanzado la dimensión que tienen actualmente?

El hecho de que la expresión *res ipsa loquitur* tenga un alcance y unos efectos tan amplios respecto a su función inicial, pues de ser un criterio de valoración de los indicios ha pasado a ser una regla sustantiva de responsabilidad casi incontestable, puede atribuirse, al menos en parte, a su formulación en latín.

Ciertamente el empleo de la expresión latina tiene una serie de ventajas, pues es evidente su brevedad y concisión, pero también tiene unos inconvenientes. En primer lugar, puede ejercer un poder mágico, hipnótico, para el jurado, dando la impresión de que es una norma imperativa de obligado cumplimiento.

Algunos autores<sup>66</sup> han resaltado que la falta de familiaridad de los miembros del jurado con el latín puede ejercer un efecto de talismán sobre ellos, atribuyendo un significado trascendente a esas palabras. Algunos estudios demuestran que el actor raramente ve su petición desestimada cuando el jurado ha sido instruido de la existencia de *res ipsa loquitur*<sup>67</sup>.

En segundo lugar, se corre el riesgo de extraer más consecuencias de la expresión de las que originariamente cabría derivar de la misma. Ya en 1923 Lord Shaw se quejaba: «si esa frase no hubiese estado en latín, nadie lo hubiese llamado una regla general»<sup>68</sup>.

Y es que no se puede elevar a categoría de regla general lo que no es más que una aplicación a circunstancias concretas del sentido común. En realidad, la formulación *res ipsa loquitur* no añade nada al panorama jurídico<sup>69</sup>, pero precisamente por su formulación, con-

---

<sup>65</sup> PROSSER, WADE y SCHWARTZ, *Torts. Cases and Materials*, 8.ª edición, University Casebook Series, The Foundation Press, 1988, explican que C.B. Pollock era un caballero inglés, que había recibido una educación clásica.

<sup>66</sup> Cfr. PROSSER, *The procedural effect...*, *op. cit.*, p. 257; WEILER, *op. cit.*, p. 22, y ABLIN, *op. cit.*, p. 346.

<sup>67</sup> DANZON, *Medical malpractice, Theory, evidence and public policy*, Harvard University Press, 1985, p. 39, señala que, aunque no puede estimar directamente cómo afecta la probabilidad de obtener una sentencia favorable, la alegación de *res ipsa loquitur* aumenta las posibilidades del actor de obtener un resultado favorable en un 50 por 100.

<sup>68</sup> En el asunto *Ballard v. North British Railway Co.* (1923) SC 43, 56.

Más recientemente, el asunto *Fryer v. Pearson and another* (2000), citado por DE CRUZ, *Comparative Healthcare Law*, Cavendish Publishing Ltd., 2001, p. 254, aunque no juzgaba un caso de negligencia médica, señaló que «la gente debería dejar de utilizar máximas o doctrinas formuladas en latín, como *res ipsa loquitur*, que no son fácilmente comprensibles por aquellos en cuyo beneficio se supone que existen».

<sup>69</sup> MCINNIS, «The death of *res ipsa loquitur* in Canada», *The Law Quarterly Review*, 1998, vol. 114, p. 550: la abolición de la regla simplemente eliminaría la confusión generada históricamente por la máxima latina, dejando los principios relevantes intactos.

veniente y concisa, da la impresión de que estamos ante una regla de derecho sustantivo, cuando se trata, única y exclusivamente (que no es poco), de un mecanismo que ayuda a fijar los hechos ocurridos en la realidad.

Lo que puede ser útil para resolver algunos casos concretos de dificultad probatoria de la negligencia del demandado, valorando los indicios que apuntan en una única dirección, se convierte en una prueba incontestable en todos aquellos casos en que el perjudicado desconoce la causa del daño, lo cual puede resultar excesivo.

En EE.UU., algunos Estados conscientes de la confusión y los malentendidos inherentes a la doctrina de *res ipsa loquitur* han prohibido su aplicación en el ámbito sanitario: New Hampshire<sup>70</sup> y Idaho<sup>71</sup>.

En otros Estados, la aplicación de *res ipsa loquitur* queda restringida a algunos supuestos concretos, sin coincidir necesariamente los incluidos. En Florida sólo se aplica a la dejación de objetos extraños en el cuerpo del paciente<sup>72</sup>; la legislación de Nevada contiene un listado más amplio de supuestos en que cabe presumir la negligencia<sup>73</sup>.

La jurisprudencia de algunos Estados ha rechazado la aplicación de *res ipsa loquitur* en el panorama sanitario, como ha ocurrido en Alabama<sup>74</sup>.

<sup>70</sup> En New Hampshire, la doctrina no es aplicable a ningún supuesto de lesión médica [NH Rev.Stat. Ann epígrafe 507-C:2 (1993)].

<sup>71</sup> El Idaho Code, en el capítulo dedicado a malpraxis médica, exige al reclamante aportación de prueba pericial directa acreditativa de la negligencia del demandado. Cfr. epígrafe 6-1012.

<sup>72</sup> En Florida, sólo constituirá prueba *prima facie* de negligencia el descubrimiento de un objeto extraño, como una esponja, *clamp*, forceps, aguja quirúrgica, u otra parafernalia utilizada habitualmente en procedimientos quirúrgicos, de examen o diagnóstico. Cfr. Fla. Statutes. 1990, epígrafe 766.102 (4).

<sup>73</sup> En Nevada (Nev. Rev. Stat. 1993), epígrafe 41A.100 (1), frente a la regla general de la necesidad de acreditar negligencia y causación, no se exige prueba pericial, pues surge una presunción *iuris tantum* de que la lesión o muerte fue causada por negligencia, cuando la prueba presentada demuestra que el daño corporal o la muerte ocurrió en alguna de las circunstancias siguientes:

- a) dejación de algún objeto (salvo medicación u objeto protésico) sin intención en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica,
- b) explosión o incendio originado en una sustancia utilizada en el tratamiento, ocurrida durante el curso de dicho tratamiento,
- c) quemadura no intencional causada por calor, radiación o productos químicos, ocurrida durante el acto médico,
- d) lesión durante el curso de tratamiento a una parte del cuerpo no directamente involucrada en el tratamiento, ni próxima al mismo, o
- e) intervención quirúrgica sobre el paciente equivocado, o sobre el órgano, extremidad o parte equivocada del cuerpo del paciente.

<sup>74</sup> Cfr. *Gilbert v. Campbell*, 440 So.2d 1048 (Ala. 1983).

#### 4. SUPUESTOS DE POSIBLE APLICACIÓN

Es lugar común enumerar una serie de supuestos como ejemplos de *res ipsa loquitur* que debemos analizar detenidamente porque, por un lado, los países del *Common Law* no siempre admiten la aplicación de esta máxima en algunos de estos casos y, por otro, los mecanismos jurídicos de nuestro país permiten resolverlos sin acudir a esa regla. Veamos.

##### 4.1 Olvido de algún objeto tras una intervención quirúrgica

Una de las hipótesis clásicas de aplicación de *res ipsa loquitur* es la de olvido de algún instrumento, generalmente gasas o compresas, en el cuerpo del paciente tras una intervención quirúrgica.

Siguiendo los requisitos enunciados por los países del *Common Law*, presentados al inicio de este trabajo, no hay duda de que se cumple el primero de ellos (evento dañoso que normalmente no se produce sin la negligencia de alguien) y el tercero (que la propia víctima no haya contribuido a causar el daño).

El problema reside en el segundo requisito: para poder condenar al médico demandado al pago de una indemnización es preciso analizar si tenía la posibilidad de ejercer un control exclusivo de los medios materiales y personales que causaron el daño.

Centrando el tema en el supuesto más frecuente, olvido de gasas, ¿cómo podemos hablar de control exclusivo del cirujano cuando intervienen enfermeras cuya tarea es precisamente contabilizar el material utilizado en la intervención? Porque siendo necesario el control absoluto de la situación por parte del demandado, en las intervenciones quirúrgicas en las que queda olvidado algún objeto participan varias personas que pueden haber sido negligentes.

La jurisprudencia inglesa mantiene que el demandante no puede beneficiarse de la aplicación de *res ipsa loquitur* precisamente porque el médico no tiene el control exclusivo<sup>75</sup>. Frente a esta postura,

---

<sup>75</sup> En *Morris v. Winsbury White* (1937) 4 All ER 494, se descartó la aplicación de *res ipsa loquitur* en un caso de dejación de objetos en el cuerpo del paciente porque el tratamiento postoperatorio estaba bajo el control de varias personas, ninguna de las cuales tenía el control exclusivo (enfermeras, médicos residentes, cirujano). Igualmente, *McFadyen v. Harvie* (1942) 4 DLR 647, y *MacDonald v. Pottinger* (1953) NZLR 196.

En sentido distinto, *Mahon v. Osborne*, ya citada, el cirujano fue condenado por haber dejado una gasa en el cuerpo del paciente, a pesar de que la enfermera le respondió afirmativamente a la pregunta de si había recuperado todas las gasas. Se justificó el fallo por entender que el cirujano ejercía el control sobre los miembros de su equipo.

También con resultado condenatorio, *Lemke v. United States*, 557 F.Supp.1205 (ND) (1983).

los tribunales estadounidenses condenan tanto al cirujano, por tener derecho a controlar a los otros miembros del equipo quirúrgico, como al hospital, por las actividades del equipo, que generalmente son sus empleados<sup>76</sup>. Los cirujanos se han intentado liberar de la responsabilidad alegando que la práctica habitual de la profesión consiste en delegar la actividad de contar objetos en las enfermeras, pero no ha prosperado<sup>77</sup>.

Resulta evidente que incluso este supuesto considerado «clásico» de *res ipsa loquitur* no tiene una aplicación uniforme ni un seguimiento unánime entre la doctrina<sup>78</sup>.

La dejación de cuerpos extraños es un riesgo, si bien remoto, de las intervenciones quirúrgicas. En los actos en que interviene un equipo médico, cabe atribuir responsabilidad siguiendo dos posibilidades distintas.

Por un lado, cabría condenar al jefe del equipo médico, bien por hecho propio, bien por hecho ajeno, pues el cirujano tiene la obligación de vigilar los actos de las personas que trabajan bajo su dirección, siendo el máximo responsable de todo lo que ocurre en la mesa de operaciones.

Por otro lado, cabría individualizar la responsabilidad de cada uno de los intervinientes teniendo en cuenta las funciones que les son propias; cada uno debería responder de su actuación en el cumplimiento de las obligaciones propias de su esfera de funciones. El principio de la división del trabajo, tanto horizontal como vertical, y el principio de confianza, permiten a cada profesional confiar razonablemente en que los demás realicen su trabajo de forma competente y con la diligencia debida.

De estas dos posibilidades, esta última es la que va cobrando cada vez más fuerza, acorde con los cambios sustanciales que se han producido en el ejercicio de la medicina en los últimos años<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> *Tonsic v. Wagner*, 458 Pa 246, 329 A2d 497 (1974), y *Sparger v. Worley Hospital Inc.*, 547 SW2d 582 (Tex. 1977).

<sup>77</sup> En *Ravi v. Williams*, 536 So.2d 1674 (Ala. 1988), el tribunal estableció que el cirujano es responsable de la recuperación de las esponjas del cuerpo de la paciente tras una histerectomía y que no puede excusarse delegando la actividad de contar.

Así ha sido desde el principio: *Ales v. Ryan* 8 Cal.2d 82, 64 P.2d 409 (1936), y *Ault v. Hall* 119 Ohio St. 422, 164 NE 518 (1928).

En sentido contrario, *Guell v. Tenney*, 262 Mass. 54, 159 NE 451 (1928): el cirujano no es responsable por la negligencia de la enfermera al contar las esponjas utilizadas.

<sup>78</sup> JONES, *op. cit.*, p. 140 y 141: dejar algún objeto en el cuerpo del paciente no supone responsabilidad automática. El médico no puede garantizar que no volverá a ocurrir. Aunque será prueba importante de negligencia, no es necesariamente concluyente.

<sup>79</sup> Entre otros motivos porque el cirujano generalmente ya no elige a las personas con las que va a trabajar, sino que le vienen impuestas por el centro, sea público o privado.

Los cambios en el ejercicio de la Medicina deben incidir en la responsabilidad de los sujetos.

En el escenario quirúrgico, el personal de enfermería tiene el deber de contabilizar el material utilizado durante la intervención quirúrgica. Antes de terminar, el cirujano pregunta si se ha recuperado todo el material y, si la respuesta es afirmativa, cierra la sutura. El médico debe poder confiar razonablemente en la corrección del recuento. Cuando ocurre algún error en el recuento, en principio, deberá responder la enfermera.

En Francia, donde se adoptó la doctrina de la *faute virtuelle*<sup>80</sup>, similar a *res ipsa loquitur*, la jurisprudencia distinguía en una primera etapa según las características más o menos difíciles o urgentes de la intervención, pero cada vez es más severa y actualmente considera este supuesto, por sí mismo, constitutivo de culpa profesional<sup>81</sup>. Sin embargo, algunos autores consideran que es un accidente operatorio inevitable<sup>82</sup>.

Creo que, dejando aparte el caso del médico claramente descuidado, las gasas olvidadas pueden ser accidentes inevitables. En determinadas operaciones es un error, sí, pero no necesariamente negligente. Es cierto que este accidente no ocurre habitualmente si el médico es diligente, pero puede ser compatible con la máxima diligencia.

Y es que, aunque parezca alarmante, médicamente no lo es. El tema de las gasas parece, a ojos de un profano, gravísimo, casi incomprensible, que revela una negligencia excesiva. Sin embargo, hay que tener en cuenta que las gasas y/o compresas utilizadas en las operaciones quedan empapadas en sangre, con lo que quedan «camufladas». Es fácil entonces que el cirujano, simplemente, no las vea. Precisamente, dada la frecuencia de este supuesto, la industria farma-

---

<sup>80</sup> La jurisprudencia francesa empezó a aplicar esta teoría, surgida en el ámbito del tráfico automovilístico (concretamente en la Sentencia de la Cour de Cassation de 5 de mayo de 1942, según explica JORDANO FRAGA, «Aspectos problemáticos de la responsabilidad contractual del médico», *RGLJ*, 1985, p. 79), al ámbito de la responsabilidad médica, a principios de los años sesenta.

La *faute virtuelle* o culpa virtual implica que, ante un daño demasiado anormal en relación con lo que podría esperarse, teniendo en cuenta el tratamiento adoptado, el Juez estima que la existencia de ese daño no es posible sino como consecuencia de la culpa cometida por el médico.

PENNEAU, *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*, París, 1975, p. 102, señala que la primera sentencia de la *Cour de Cassation* en aplicar esta teoría al ámbito médico fue la de 28 de junio de 1960, que partía del siguiente supuesto de hecho: ante unos daños ocasionados por rayos X, derivados del alojamiento del cierre de las puertas protectoras del aparato, se declaró que semejante resultado sólo se podía deber a la negligencia del médico.

<sup>81</sup> Cfr. MAZEAUD y TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 2, traducido de la 5.ª edición francesa, Buenos Aires, 1962, p. 177. PENNEAU, *La responsabilité médicale*, París, 1977, p. 76, explica con más detenimiento la evolución jurisprudencial.

<sup>82</sup> Cfr. LALOU, *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5.ª edición, París, 1955, p. 325, y PENNEAU, *op. cit.*, p. 77.

céutica comercializa gasas de contraste, con borde metálico o de otro color de fácil visualización, para ser localizadas y extraídas.

Además, en algunos casos de grave urgencia y necesidad, se utilizan muchas gasas, a veces de forma precipitada, por lo que no es posible detener el acto para esperar a contabilizar las utilizadas. Se cogen con pinzas, no de una en una, sino de dos en dos o de tres en tres. Y si la intervención ha sido especialmente larga o ha habido algún problema con la anestesia por ejemplo, puede existir una urgencia vital que aconseje terminar la intervención cuanto antes.

Tema distinto es la dejación de algún otro instrumento, como unas pinzas, que pueden suponer un mayor peligro para la salud del paciente<sup>83</sup>. Si la enfermera está encargada de contar el material utilizado, la responsabilidad recaerá en ella. O mejor aún, en la administración pública, si el centro es de esa naturaleza, o en el centro privado, por falta de diligencia debida en la vigilancia o selección del personal a su servicio<sup>84</sup>.

La Sala 1.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo suele resolver a favor del perjudicado, pero no condena tanto al médico o a la enfermera como al centro o a la Administración sanitaria.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de diciembre de 1996 (R.A. 9222) condena al Servicio Andaluz de Salud al pago de 10 millones a la viuda por la muerte del paciente tras el abandono de una gasa en su vientre tras una operación. Quedó demostrado que la causa del fallecimiento fue la gasa olvidada en la cavidad abdominal, provocando un absceso que causó la muerte. Los médicos que participaron en la intervención fueron absueltos en segunda instancia. El fallo condenatorio no estaba basado en la regla *res ipsa loquitur*, sino en la responsabilidad objetiva y directa de la Administración.

---

<sup>83</sup> Con resultado condenatorio para el médico, *Prooth v. Wallsh*, 432 N.Y.S.2d 666 (NY Sup.Ct. 1980): *clamps* quirúrgicos dejados tras una operación de *bypass*; *Rudeck v. Wright*, 709 P2d 621 (Mont.1985): esponja dejada en el cuerpo; *Gannon v. Elliot*, 23 Cal.Rptr.2d 86 (Cal.Ct.App. 1993): goma del instrumental quirúrgico olvidada en la cavidad del demandante después de una sustitución parcial de cadera.

<sup>84</sup> Sin embargo, este argumento no ha producido los efectos deseados en el ámbito penal. La STS Sala 2.<sup>a</sup> de 5 de marzo de 1965 (R.A. 814) condenó al médico por un delito de imprudencia temeraria por la muerte de una persona causada por la peritonitis ocasionada por la presencia de un paño (de 82 cms. de largo y 54 de ancho) y gasas que el demandado dejó olvidados al intervenir a la paciente.

El demandado solicitó la reducción de la condena por concurrir razones de urgencia en el cierre de la cavidad sin esperar al recuento, debido al riesgo de hemorragia. El Tribunal Supremo no estimó esta causa de justificación por no considerar debidamente probado que una revisión del material utilizado hubiera determinado forzosamente la hemorragia y subsiguiente muerte, por lo que mantiene la calificación de delito por imprudencia temeraria por falta de atención reprochable, al omitir una medida de precaución postoperatoria.

Éste es un supuesto generalmente considerado de *res ipsa loquitur* pero si examinamos detalladamente veremos que no lo es, porque el actor ha tenido que demostrar la causa de la peritonitis que el objeto dejado ocasiona. La mera constatación del daño, peritonitis, no acarrea automáticamente responsabilidad al médico. Únicamente si demostramos que la peritonitis ha sido causada por una gasa que el médico olvidó, es entonces cuando surge la responsabilidad del médico, no antes<sup>85</sup>.

Por tanto, la presunción no surge del daño, sino de la causa del mismo: no es necesario demostrar la negligencia pues se desprende de la dejación de la gasa. Sólo tras la averiguación de la causa del daño podemos imputar responsabilidad al médico. Es decir, visto el daño, el Juez presume la negligencia, pero tras la averiguación de su causa.

## 4.2 Infección hospitalaria

Si una persona ingresa en un centro hospitalario, existe el riesgo, mínimo pero existe, de contraer una infección que no está relacionada con el problema por el cual ingresa. La infección se puede contraer de dos maneras: por vía respiratoria, inhalando algún virus, o por contacto a través de alguna herida, que, al ser infectada, puede derivar en una gangrena de la zona afectada.

En el primer supuesto, cuando el paciente ingresado contrae alguna enfermedad por vía respiratoria (pneumonía, tuberculosis), ese contagio deriva de la falta de medidas de asepsia del propio centro. Si en el centro se hallan ingresados enfermos infecto-contagiosos, es evidente que se deben adoptar medidas para que sus virus no contagien a personas sanas o a otros enfermos que no padecen sus mismas dolencias.

Se deben adoptar las medidas necesarias para que los enfermos (u otras personas sanas) no queden expuestas a un riesgo de infección por inhalación. Esta obligación corresponde al centro hospitalario, no al médico, quien carece de poder de decisión, y de los medios suficientes (económicos y personales) para instaurar los mecanismos de prevención necesarios.

A nuestro Tribunal Supremo han llegado algunos asuntos de virus intrahospitalario. La Sentencia de fecha 24 de febrero de 1992 (R.A. 1427) condena al INSALUD por el fallecimiento de un paciente que contrae una neumonía en el entorno sanitario, aun-

---

<sup>85</sup> En este sentido, Díez-REGAÑÓN, *op. cit.*, p. 178 ss.

que no propiamente por el contagio, sino por error de diagnóstico, al no haber detectado dicha enfermedad a tiempo<sup>86</sup>.

Huelga decir que, ante todo, habrá que averiguar la causa de la infección, porque si el demandante no ha contraído el virus en el ámbito intrahospitalario sino fuera del centro, éste no deberá responder por faltar no ya la relación de causalidad necesaria, sino la acción u omisión, presupuesto básico de la responsabilidad.

El segundo supuesto apuntado, de infección de una herida por la bacteria *clostridium perfringens*, puede llevar la necesidad de amputación de la zona afectada, si existe gangrena. Este caso ha generado más reclamaciones que el anterior. El Tribunal Supremo generalmente ha condenado por negligencia en la adopción de medidas para conseguir la máxima asepsia.

Así, la STS de 29 de octubre de 1992 (R.A. 8178) condena al INSALUD por las lesiones sufridas por un paciente al contraer gangrena, causada por una bacteria tras una intervención quirúrgica en el tobillo. Los cinco profesionales demandados fueron absueltos en la instancia. El Tribunal Supremo consideró que se había probado suficientemente la causalidad y el origen de la infección (bacteria *clostridium perfringens*), y la falta del máximo control de asepsia y de los medios humanos más adecuados. En el mismo sentido, las sentencias del Supremo de fechas 21 de julio de 1997 (R.A. 5523) y de 1 de julio de 1997 (R.A. 5471).

La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 15 de febrero de 1993 (R.A. 771) condena al centro privado por un supuesto similar. Además, estima negligencia del médico de guardia que, al notar los primeros síntomas de situación infecciosa, dado sus notorias consecuencias gravosas, no fue presto y activo en avisar inmediatamente al médico especialista que había operado a la enferma y que cuidaba de su tratamiento y recuperación.

Frente a estas sentencias que condenan a la Administración sanitaria o al centro privado, en alguna ocasión excepcional el Tribunal Supremo ha absuelto por considerar que el supuesto no es evitable, estimando caso fortuito. La Sentencia del Tribunal

---

<sup>86</sup> El supuesto de hecho era el siguiente: un paciente con bronquitis crónica ingresa en un centro del INSALUD; cuando está en trance de mejoría sufre un proceso grave de neumonía intrahospitalaria a consecuencia del cual fallece. El fallo condena al INSALUD por mal funcionamiento del servicio, pero no por haber contagiado un virus intrahospitalario en su centro, sino por no haberlo detectado a tiempo: transcurrieron dos días desde el empeoramiento del paciente hasta su fallecimiento sin que se diagnosticara la neumonía con la suficiente antelación.

La demanda incluía también al médico neumólogo que permitió que el paciente fuese introducido en una habitación donde se encontraba otro paciente con neumonía, patología contagiosa, pero fue absuelto en la segunda instancia, condenando únicamente al INSALUD.

Supremo de 7 de junio de 1994 (R.A. 4897) surge de la gangrena gaseosa padecida por la paciente a consecuencia de una infección por la bacteria *clostridium perfringens* tras intervención quirúrgica en la pierna. Los demandados (el médico, el centro privado y la compañía aseguradora) fueron absueltos en las tres instancias porque el riesgo de infección tras una intervención quirúrgica es previsible, pero inevitable. El fallo recoge la posición de la Audiencia, que apreció caso fortuito dado que no existen medidas de asepsia hospitalaria capaces de erradicar la llamada «bacteria del quirófano».

No estoy de acuerdo. Ciertamente el centro no puede evitar totalmente el riesgo de infección, parece ser que hay una tasa irreductible de tal riesgo, pero es obvio que el empleo de medidas adecuadas de precaución reduce considerablemente las posibilidades de ocasionar el evento dañoso.

El centro hospitalario debe adoptar todas las medidas necesarias para reducir el riesgo de infección, y en caso de producción del hecho dañoso, debe ser condenado al pago de una indemnización. Pero no en virtud de *res ipsa loquitur*, sino por responsabilidad objetiva del centro.

Ciertamente, la infección misma no es prueba concluyente de nexo causal. Será necesario demostrar la relación de causalidad para cercionarse que la infección procede del ámbito hospitalario y que no es anterior a la entrada en sus instalaciones<sup>87, 88</sup>.

Eso sí, una vez producida, el médico debe reconocer rápidamente las complicaciones postoperatorias en el estadio más pronto posible, para tratarlas inmediatamente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1999 (R.A. 1412) condena al médico por falta de seguimiento tras una cura en herida abierta (en el pie, de cinco centímetros), que se infecta y gangrena. Se

---

<sup>87</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1988 (R.A. 6847) condena al INSALUD, único demandado, porque a una paciente que ingresa con una doble fractura abierta de la tibia y peroné izquierdo, sufrida tras una caída en bicicleta, presenta, cinco días después de su ingreso, gangrena gaseosa y le amputan parte de la pierna. Queda probado que el daño se debió a la actuación de los servicios sanitarios del INSALUD; que si bien la gangrena era una complicación rara, era posible y previsible en toda fractura abierta, sobre todo en heridas causadas en medios rurales. Los médicos no observaron todas las precauciones necesarias, ni se dio el tratamiento adecuado para prevenir el daño, ya que no fue total y absoluta la limpieza de la herida, o el tratamiento posterior, no se acredita que se hicieran los análisis correspondientes inmediatamente después del tratamiento, para comprobar la existencia de gérmenes, sino después, cuando ya era tarde por haberse manifestado la infección por edema y necrosis. Aprecia culpa evidente de los facultativos.

<sup>88</sup> Lo mismo ocurrirá en los supuestos de infección por no esterilización del instrumental médico. El evento dañoso, la infección, instigará a la averiguación de su causa, pero hasta que no se demuestre la causa de la misma, no podrá presumirse la culpa del médico. Hasta que no se conoce la causa etiológica del daño, no se deduce la culpa.

intenta alegar por vía de exculpación que en las curas de urgencia «nunca puede saberse si la limpieza de una herida ha sido correcta». Pero precisamente por eso se hace necesario un seguimiento para comprobar la total desinfección de la herida o, en su caso, para aplicar los medios antiinfecciosos que hubiesen evitado la amputación, siendo improcedente la posposición de la revisión cinco días después.

### 4.3 Miembro equivocado

La jurisprudencia española no ha aplicado la doctrina de *res ipsa loquitur* en las oportunidades que ha tenido de extirpación o amputación de un órgano o miembro equivocado. En la vía penal ha condenado al médico, sin acudir a la prueba de presunciones, sino por la prueba directa de la culpa: generalmente por no consultar previamente la historia clínica<sup>89</sup>.

¿Cómo puede producirse una equivocación tan grave? El cirujano muchas veces no conoce al paciente y realiza su acto en función de lo que señala la historia clínica, o incluso con base a la marca que está dibujada sobre el propio cuerpo del paciente, hecha por otro profesional. A veces no es el cirujano quien ha omitido consultar la historia clínica, sino la persona que ha dibujado las marcas sobre el paciente, pero el cirujano, ¿debe comprobar la corrección de lo hecho por otros miembros del equipo, o debe poder confiar razonablemente en lo que hacen los demás, por la idea de división del trabajo y el principio de confianza?

En cualquier caso, con independencia de que se siga un criterio de reparto de funciones o un criterio de jerarquía, lo cierto es que generalmente encontraremos un responsable, el centro sanitario que, como un paraguas protector, debe responder por las personas que, teniendo una relación con él, actúan en su ámbito. Si se trata de un centro público, cabe condenar a la Administración sanitaria por el conjunto de posibles deficiencias asistenciales, por falta de coordinación entre el personal sanitario, responsabilidad que a tenor de los artículos 139 a 146 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

---

<sup>89</sup> Así ocurrió en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2.ª, de 24 de noviembre de 1984 (R.A. 5950), en la que el médico extirpa el riñón derecho en lugar del izquierdo. El anestesista advierte del error después de la extirpación y el cirujano decide reimplantar, por lo que el paciente fallece. La Sala condena al cirujano por imprudencia temeraria: no sólo no se preocupó de examinar la historia clínica y las radiografías, sino por la reintegración del riñón sano, dada la dificultad y riesgo que ello conlleva.

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es directa y objetiva.

#### **4.4 Daño desproporcionado (y a modo de conclusión)**

Nuestro Tribunal Supremo acude al mecanismo presuntivo cuando el médico no explica cómo se ha producido un daño desproporcionado o anómalo. En palabras de la sentencia de 22 de mayo de 1998 (R.A. 3991), «corresponde a los médicos y centro sanitario implicados, en función de su cercanía a las fuentes de prueba y su mejor posición para acceder a las mismas, la carga de probar que el hecho fue imprevisible y no evitable, destruyendo la presunción de culpa que genera la anormalidad de lo que ocurrió, según las pautas que recogen las máximas de la experiencia». En este caso, se condenó al centro privado por el fallecimiento de un paciente tras el empaste de una muela<sup>90</sup>.

El voto particular se muestra contrario a este modo de proceder, pues «no es suficiente para una condena el que ningún perito pueda contestar qué hubiera pasado de haberse realizado las operaciones unas horas antes».

También invierten la carga de la prueba tras la constatación de un daño desproporcionado o anómalo las SSTS de fecha 19 de febrero de 1998 (R.A. 634), que valora el proceso infeccioso tras la colocación de una escayola, y la de 9 de diciembre de 1998 (R.A. 9427), que resuelve el fallecimiento días después de una operación de juanetes debido a tétanos posquirúrgico.

Igualmente, la STS de 15 de junio de 1999 (R.A. 593), que condenó al INSALUD a pagar 30 millones por la muerte de una mujer de cuarenta años que tras una intervención de vesícula falleció súbitamente a los quince días de la operación.

Seguimos ante el mismo escollo: un daño anómalo puede ser una pista que apunte a la necesidad de examinar, por un lado, la conducta del profesional para comprobar si ha sido o no negligente y, por otro, la relación de causalidad entre esa conducta y el daño. En realidad, no será tanto el daño desproporcionado el que abra la posibilidad de recurrir al mecanismo presuntivo como

---

<sup>90</sup> El paciente es diagnosticado de padecer un flemón dentario tras el empaste de una muela, falleciendo posteriormente de «shock» séptico. La sentencia deduce que el error médico se encuentra en la ausencia de valoración inicial de la gravedad de la enfermedad, pues tardaron 14 horas en intervenir quirúrgicamente cuando lo mejor hubiese sido intervenir cuanto antes, aun cuando, como expresa en el FJ 6.º, «no puede afirmarse que de haber sido intervenido antes la enfermedad no hubiese seguido un curso tan desfavorable (...)».

las circunstancias anormales que rodean al caso. Del daño inusual no se puede llegar a la conclusión automática e irreprochable de que el médico ha sido negligente y que esta negligencia ha causado el daño <sup>91</sup>. Puede serlo, pero no automáticamente: habrá que ver.

No soy partidaria de la adopción de *res ipsa loquitur* como regla general de aplicación automática en el entorno sanitario. En primer lugar, por la desnaturalización que ha sufrido esta figura en su aplicación. Su incorporación se propone para imponer responsabilidad al profesional en casos de causalidad compleja cuando esta hipótesis excede su propósito y función.

En sus orígenes, *res ipsa loquitur* era utilizada como un escudo de protección del demandante para evitar la inadmisión preliminar por falta de pruebas (*nonsuit*). Tal como se está aplicando actualmente, ha pasado a ser un arma para obtener una sentencia condenatoria, al invitar al juzgador a inferir el nexo causal y la negligencia del demandado, sin más consideración que la existencia del daño.

De este modo se impone responsabilidad con base no sólo en una supuesta culpa, sino en una supuesta relación de causalidad. Si se quiere introducir esta doctrina, no es por su validez intrínseca, sino como mecanismo de transformación de la responsabilidad por culpa en responsabilidad objetiva o, mejor aún, automática. Aquí radica el riesgo de utilización de esta figura: la alegación de *res ipsa loquitur* no puede funcionar como un fuego de artificio tras el que ocultar no ya una responsabilidad objetiva, sino una responsabilidad automática, deducida únicamente de la existencia del daño.

Un instrumento de fijación de los hechos mediante la presunción judicial (que depende de las circunstancias colindantes y el análisis detenido de los hechos que sí son demostrables por prueba directa) no puede elevarse a máxima y regla de aplicación general, llegando a modificar la naturaleza misma de la responsabilidad civil.

Es cierto que la aplicación estricta de los elementos de responsabilidad civil puede llevar a que el perjudicado no obtenga una indemnización precisamente por la dificultad de probar la relación de causalidad. Surge la necesidad de otorgar una mayor protección al perjudicado, sobre todo frente a las innovaciones tecnológicas y

---

<sup>91</sup> KING, *op. cit.*, p. 117: *res ipsa loquitur* no es automáticamente aplicable simplemente porque el tratamiento no tuvo éxito o porque produjo un resultado insatisfactorio, raro o inusual.

los riesgos que comportan<sup>92</sup>. Cuando no se puede alterar ni modificar el Derecho sustantivo (el dogma de la culpa, la exigencia indudable de nexo causal), se recurre al Derecho procesal para ayudar al perjudicado en su odisea para obtener una indemnización<sup>93</sup>. El resultado puede ser justo (el perjudicado obtiene una indemnización), pero no siempre es jurídico.

No veo la justificación de importar a nuestro país *res ipsa loquitur* cuando no hay necesidad de ella: tenemos mecanismos jurídicos suficientes con los que llegar al mismo resultado condenatorio manteniendo la coherencia de nuestro sistema.

Si la finalidad es indemnizar al perjudicado de incidentes desafortunados en el entorno sanitario, puede hacerse, pero sin acudir a mecanismos impropios. En los supuestos que tradicionalmente se consideran de *res ipsa loquitur* (impropiamente, porque ya hemos visto los vaivenes en la aplicación de esta regla a dichos casos) cabe obtener una indemnización mediante otras argumentaciones jurídicas. El mecanismo más eficaz es la reclamación frente a la Administración sanitaria, cuya responsabilidad es directa y objetiva. El «conjunto de posibles deficiencias asistenciales», expresión del propio Tribunal Supremo, permite condenar a ésta al pago de una indemnización en todos los casos apuntados. Considero más oportuno condenar al centro, público o privado, que al profesional.

Si se trata de un centro público, la responsabilidad de la Administración deriva de la Ley 30/1992. Si se trata de un centro privado, en la medida en que contrata y selecciona al personal a su servicio, responde el propio centro por culpa en la vigilancia o elección de dicho personal<sup>94</sup>. Únicamente en aquellos casos en que la clínica sólo proporciona el espacio físico, las instalaciones, podrá exo-

---

<sup>92</sup> EPSTEIN, *op. cit.*, p. 306, al comentar sobre el futuro de *res ipsa loquitur*, hace diversos pronósticos. Por un lado, una mejor tecnología reduce las probabilidades de un resultado adverso. Pero a medida que aumenta la capacidad de controlar los riesgos, el atractivo de *res ipsa loquitur* también aumenta en los casos de resultado desafortunado, precisamente porque son mayores las probabilidades de que podría haberse evitado con el ejercicio de la diligencia debida.

<sup>93</sup> JORDANO FRAGA, *op. cit.*, p. 76: para evitar que el paciente quede sustancialmente desprotegido, la jurisprudencia «ha abierto una serie de vías que, dejando formalmente inalterada la aplicación de los principios generales, conducen, en sustancia, a una verdadera alteración fáctica de los mismos».

<sup>94</sup> Cuando un centro privado presta servicios sanitarios, se vale de profesionales para el ejercicio de su actividad, en cuyo caso existe una relación contractual (laboral o civil) entre el médico y el centro, con ciertas notas de dependencia que pueden justificar la imposición de responsabilidad por hecho propio o ajeno.

El paciente celebrará un «contrato total de hospital» con el hospital, con la seguridad de que, a través de éste, recibirá los cuidados y servicios médicos que necesite, será el propio hospital que proporciona al médico.

nerarse de responsabilidad<sup>95</sup> (salvo en el supuesto de falta de material necesario o material en condiciones inadecuadas).

Con estos argumentos, los jueces pueden seguir dictando sentencias justas que, a la vez, sean jurídicas.

---

<sup>95</sup> El médico que tiene una relación contractual con su paciente realizará algunas intervenciones no en su consulta particular, sino en una clínica, sobre todo cuando el acto sea quirúrgico o de cierta envergadura. Las consultas particulares no siempre disponen de todo el equipo necesario, no ya técnico, por el coste de ciertos aparatos, sino personal, de anestelistas y enfermeras. El médico contratará la utilización de las instalaciones clínicas para ciertos actos, sin que se establezca una relación de dependencia entre el profesional y la clínica. Ya señalaba ATAZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 224, nota 297, que no es lo mismo trabajar para una clínica, que en una clínica.

Las obligaciones del centro sanitario privado, si es hospitalario, serán de naturaleza hotelera (habitación y alimentación), de suministro de material técnico necesario en buen estado y de cuidados paramédicos. Éste sería un contrato hospitalario, que incluye prestaciones de naturaleza distinta, excluyendo la específicamente médica. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 7.ª edición, Madrid, 1993, p. 890, denomina a éste «contrato desdoblado de asistencia en hospital».