

## **EL CONTROL DE LA PRUEBA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN EL PROCESO CIVIL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA.**

**POR SANTIAGO NOGUEIRA GANDÁSEGUI**

*Doctor en Derecho. Abogado. Profesor Asociado de Derecho procesal. Universidad de Santiago.*

### **I.- Introducción:**

La naturaleza extraordinaria de los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal excluye, en principio, que el Tribunal Supremo efectúe una valoración de la prueba, puesto que ello es, tradicionalmente y por la propia naturaleza de estos recursos, competencia de los Tribunales de instancia. No obstante, las facultades de control de la legalidad del Tribunal Supremo, pueden, en determinados casos, extenderse a la valoración de la prueba practicada cuando ésta contenga razonamientos ilógicos o extravagantes.

Puesto que el auditorio lo conforman médicos y juristas, me perdonarán estos si hago una sucinta explicación de lo que significa un recurso ordinario en un recurso extraordinario.

Un recurso ordinario es aquel en el que el órgano judicial que conoce del recurso tiene las más amplias facultades para examinar la valoración de la prueba hecha por el inferior, así como reexaminar las cuestiones jurídicas atinentes al caso con la misma amplitud que el órgano de primera instancia. El ejemplo típico es el recurso de apelación.

Un recurso extraordinario es aquel que sólo puede interponerse por motivos tasados legalmente, de tal manera que la cognición del Tribunal que conoce el recurso de casación se limita a aquello que sea objeto de debate y los motivos que se articulan del recurso.

El recurso de casación, como sabemos, nació como medio de control político sobre los tribunales para que éstos aplicasen uniformemente la ley. En sus orígenes franceses, la

*Cour de Cassation* formaba parte del poder legislativo y no del poder judicial, puesto que se creía entonces en las palabras de Montesquieu de que "el juez se limita a pronunciar las palabras de la ley",

La casación se judicializó y así fue recibida en España como consecuencia de la reinstauración del Tribunal Supremo por medio del Decreto de 4 de noviembre de 1834, aunque no con este nombre, hasta el Real Decreto de 20 de junio de 1852 con la finalidad de "*fijar bien la jurisprudencia, o en su caso promover la interpretación auténtica de aquella, quedando firme entre las partes la sentencia que motive el recurso*". En definitiva, ya desde entonces la admisión del recurso de casación es la aplicación uniforme de la Ley. Siguiendo el modelo alemán, frente a los modelos francés e italiano, cuando el Tribunal Supremo dicta una sentencia que anula la recurrida, seguidamente, y sin reenvío, emite una segunda sentencia con el fallo.

No podemos detenernos en la evolución de este recurso, pero sí señalar que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que es la que todavía está aplicando el Tribunal Supremo en las sentencias que está resolviendo, ya que apenas ha resuelto recursos realizados en base a la Ley de Enjuiciamiento Civil actualmente vigente, establece un recurso de casación en base a vicios *in iudicando* y otros vicios *in procedendo*.

El artículo 1.691 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, distinguía la infracción de ley o doctrina legal (causa primera) y quebrantamiento de las formas esenciales del juicio (causa segunda).

En todo caso, ya venía señalando la doctrina que en realidad, sólo era vicio en *iudicando* el número 1º del artículo 1.692, pues el resto de los de este artículo y todo el 1.693 son errores de naturaleza procesal. Siempre bajo motivos tasados y con imposibilidad absoluta de entrar en la prueba, salvo en el caso del número séptimo del artículo 1.692 "*cuan-do la apreciación de las pruebas haya habido error de derecho, o error de hecho, si éste último resulta de documentos o actos auténticos que demuestren la equivocación del Juzgador*". En el primer caso, el error de Derecho en apreciación de las pruebas, el tema podría solventarse citando la ley o doctrina legal referentes al valor de las pruebas que haya sido infringida. En el caso del error de derecho, la opinión de MANRESA (Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo VI, Madrid, 1910, página 206 y s.):

*Y para fundarlo en error de hecho, es requisito indispensable que tal error resulte comprobado con documentos ó actos auténticos, presentados oportunamente en el pleito, y citados en el recurso, que demuestren la equivocación evidente del juzgador, pues si no obra en los autos ó no los precisa el recurrente, no pueden tomarse en consideración.*

En tales circunstancias, sólo un juez de una suma estulticia o prevaricador podría haber dictado una sentencia impugnada por esta vía.

II.- La promulgación de la Constitución de 1978 trajo una importantísima modificación en 1.984, introducido por la Ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 34/1984).

Esta Ley engloba los motivos por quebrantamiento de forma del artículo 1.693 y 2º a 6º del 1.691 en una cláusula general que pasa a ser el 1.692-3º en el siguiente sentido:

*"Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte".*

Por lo tanto, a partir de esta reforma, es posible recurrir en casación por motivos mucho más graves que otros que estaban anteriormente recogidos y cualquier vicio procesal es alegable siempre y cuando se haya producido indefensión. A mayor abundamiento, el número 4 del artículo 1692 no exigía que el documento fuese auténtico, debiendo ser contrastado con otros medios de prueba, lo que equivale a un reexamen de la prueba por parte del Tribunal Supremo.

La Ley de medidas urgentes de reforma procesal suprime este motivo en su integridad, por lo que desaparece la posibilidad teórica de entrar en la prueba en base a la valoración errónea de un documento, todo ello, como dice la exposición de motivos de la Ley de 30 de abril de 1992 para alejarse de una tercera instancia e incidir en el recurso de casación como un recurso primordialmente protector de la norma.

III.- Llegamos así al momento actual. Como ocurre muchas veces, una cosa es lo que prevé la Ley y otra cosa es lo que sucede en realidad. La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, escindía radicalmente la infracción de normas procesales, que habría de sustanciarse mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, competencia de los Tribunales Superiores de Justicia, y el recurso de casación propiamente dicho, cuyo motivo son la infracción de normas sustantivas o de la doctrina legal que las aplique.

Esta radical diferenciación entre un recurso por los vicios *in procedendo* y otro distinto y ante distinto tribunal por los vicios *in iudicando* no llegó a consumarse de manera tan radical porque, habiendo sido aprobada la Ley de Enjuiciamiento Civil al final de la correspondiente legislatura, era necesaria la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial para que ésta atribuyese a los Tribunales Superiores de Justicia la competencia para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal. De esta manera, hubo de introducirse la Disposición Transitoria Decimosexta de tal manera que sólo habrá recurso extraordinario por infracción procesal cuando se interponga juntamente con el de casación; para ello es requisito indispensable que la sentencia recurrida sea susceptible de este último recurso, por lo que casi podríamos decir que volvemos al viejo sistema de recurso por infracción de ley o por quebrantamiento de forma, todavía presentes en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV.- En cuanto al tema que nos afecta, que es objeto de esta comunicación, del recurso extraordinario por infracción procesal, nos interesa especialmente el motivo segundo del artículo 469: *"Infracción de las normas procesales reguladoras de la Sentencia"*.

Ciertamente, el principio de libre valoración de la prueba, fue valorado como un indudable progreso frente al principio de prueba tasada propio del antiguo régimen; en todo caso, la libre apreciación de la prueba en ningún caso puede ser una apreciación arbitraria,

sino que ha de llevar a la convicción razonada de la existencia o inexistencia del hecho sobre el que se aplicará la norma jurídica, de tal manera que el hecho que se declare probado o no probado, lo ha de ser, como es doctrina antiguamente establecida en Alemania "*con una probabilidad rayana en la certeza*" o en el mundo anglosajón "*más allá de cualquier duda razonable*".

La libre convicción de la prueba no puede concebirse como algo puramente subjetivista, intuitivo o racional, sino que, por un lado, el artículo 24 de la CE, que por mucho que se le quiera sustraer del recurso de amparo, contiene uno de los derechos fundamentales de especial protección del art. 53.2 de la norma fundamental, como el artículo 120.3 de la misma norma, establece la obligación de los jueces de motivar las sentencias y motivar es incompatible con la mera subjetividad del órgano jurisdiccional, de tal manera que, como afirma Miranda Estampes, podemos hablar de un modelo constitucional de valoración de la prueba. La convicción sólo puede surgir sobre la base de los medios de prueba que la ley establece en cuanto a su carácter mismo de prueba y sus requisitos, y ello no sólo en lo referido a la vigencia de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, sino también en lo tocante a la determinación específica de ciertas reglas probatorias.

V.- Así pues, nos encontramos en que la motivación de la sentencia es un requisito esencial de ésta, según se desprende de los artículos 24 y 120.3 CE y de los artículos 209 y 218 de la LEC., y, como expresa MONTERO AROCA, "*importa, no en lo que se refiere a la forma, sino en el contenido, y exige expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho*".

De esta manera, podemos concluir que la infracción de las normas sobre valoración de la prueba es controlable por el Tribunal Supremo mediante el recurso extraordinario por infracción procesal.

VI.- Es perfectamente sabido que el Juez forma su convicción mediante juicios lógicos, históricos y de valor (SERRA DOMÍNGUEZ) a los que aplica sus propias máximas de experiencia (STEIN).

En nuestro proceso civil no podemos hablar cabalmente de un sistema absolutamente libre de valoración de la prueba, toda vez que existen en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil normas sobre la valoración de la prueba:

- a) Sobre documentos públicos: arts. 319, 320, 321, 322 y 323 de la LEC, y 1218, I y II; 1.219; 1.220, I y II; 1.221, I, 1º, 2º y 3º, y II, del CC.
- b) Sobre documentos privados: arts. 326 de la LEC y 1.225, 1.227, 1.228, 1.229 y 1.230 del CC.
- c) Sobre interrogatorio de la parte: art. 316.1 de la LEC (limitadamente).
- d) Sobre testigos: art. 51 Cdc.

Centrémonos en la historia clínica.

Así pues, la valoración de la actividad probatoria y su resultado, no sólo es una facultad del Tribunal, sino que tiene su componente constitucional en la obligación de motivar (art. 120 CE), que afecta de modo muy notable al Derecho de defensa (art. 24.2 CE) y al derecho al proceso debido (art. 24.1.CE).

La prueba documental, por su propia naturaleza, siempre ha gozado de un mayor prestigio probatorio, por eso la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza, en el artículo 849-2º el recurso de casación por infracción de Ley cuando el motivo haya de basarse en un documento obrante en autos que por sí mismo demuestre la equivocación del juzgador, negando el acceso a la casación de la interpretación de cualquier otro medio de prueba.

Como sostiene FENECH, la autenticidad de un documento es la correspondencia entre el autor aparente y el autor real del mismo; así, según CARNELUTTI, "*se dice que un documento es auténtico cuando está expedido realmente por la persona que aparece en él como su autor*".

A lo dicho hemos de añadir el concepto elaborado por GUASP de autenticidad objetiva, también llamada interna, material, ideológica o de fondo, que existe cuando la información que aparece en el documento como contenido del mismo, es la que originariamente se le quiso incorporar, lo que permite hablar de veracidad del documento, concepto al que se contraponen el concepto de falsedad ideal o ideológica, que constituye la antítesis de la autenticidad objetiva o intrínseca.

Siguiendo la más estricta doctrina del Tribunal Supremo, un documento es auténtico cuando lo es extrínsecamente, es decir, como objeto material o físico e intrínsecamente, es decir, cuando tanto la autoría (autenticidad subjetiva) como la información contenida (autenticidad objetiva) concurren en dicho documento (Sentencia de 20 de enero de 1987).

Una vez aportado el documento, caben tres posturas sobre el mismo: el silencio sobre la autenticidad, la impugnación de la autenticidad y la aceptación de la autenticidad.

Tampoco cabe hablar de silencio, puesto que el documento ha sido incorporado a las actuaciones con la demanda o con la contestación y no ha sido impugnado en cuanto a su contenido, goza de las cualidades del documento en cuanto a la prueba de los hechos en él contenidos.

IV.- La Historia clínica es un documento de la mayor importancia, tanta que la propia Ley se encarga de su regulación y requisitos; así, el artículo 61 de la Ley General de Sanidad dice:

*En cada área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínica única por cada uno deberá mantenerse, al menos dentro del límite de cada institución asistenciales. Está a disposición de los médicos que directamente estén implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo así como a los efectos de inspección médica o para fines científicos debiendo quedar plenamente garantizado el secreto por quien, en virtud*

*de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes.*

La Ley 3/2001, de La Comunidad Autónoma de Galicia, por ejemplo, en su artículo 13 (modificada por L 3/2005, de 21 de marzo) y, en el mismo sentido, otras como el Decreto del Gobierno Vasco 176/1986), dice:

*La historia clínica es un conjunto de documentos en los que se contienen los datos, las valoraciones y las informaciones de cualquier tipo sobre la situación y la evolución clínica de los pacientes a lo largo de su proceso asistencial, así como la identificación de los médicos y de los demás profesionales que intervinieron en éste.*

Y el artículo 16 de la misma Ley dice:

*La historia clínica contendrá suficiente información para identificar al paciente y documentar, en su caso, su proceso de atención sanitaria. Para tal efecto, incluirá, por lo menos:*

- a) Datos suficientes para la adecuada identificación del paciente.*
- b) Médico o profesional responsable*
- c) Datos que identifiquen el proceso de atención sanitaria.*
- d) Datos relativos a la anamnesis y exploración clínica, que incluirán, como mínimo,*
  - 1. Anamnesis y exploración clínica.*
  - 2. Ordenes médicas.*
  - 3. Hoja de evolución y planificación de cuidados de enfermería.*
  - 4. Evolución clínica.*
  - 5. Informe sobre los procedimientos diagnósticos o terapéuticos e interconsultas realizadas.*
  - 6. Informe de alta del episodio de atención u hoja de problemas en atención primaria.*
  - 7. Documento de consentimiento informado*
  - 8. Documento formado de alta voluntaria.*

Así pues, historia clínica es un documento reconocido en cuanto a su legitimidad o autenticidad, con unos requisitos legales concretos y tasados, que coinciden sobre su autenticidad, tanto externa, como en cuanto a su contenido, lo que supone la admisión de su plena eficacia en juicio.

Cuando no consta, ni se haya producido en el juicio cuestión alguna tendente a eliminar la autenticidad, intrínseca o extrínseca, de dicho documento, éste no puede sino ser plenamente eficaz como medio de prueba, por lo que, conforme a la Sentencia de TC

128/1988, de 27 de junio, si un documento en tales condiciones puede servir de prueba de cargo, con mayor razón habrá de servir de prueba de descargo.

Si no es puesta en tela de juicio la autenticidad del documento, lo que implica también la autenticidad de la fecha de elaboración e incorporación a la historia clínica de cada uno de los muchos documentos que la integran, nada empece para estimar su autenticidad de tales extremos, máximo teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, cuando la historia clínica se genera en el ámbito del Sistema Público de Salud, su autor es un funcionario público en el ejercicio de sus funciones y que dicho documento obra unido a un expediente de carácter público.

La historia clínica puede ser un documento privado o un documento administrativo de los que se refiere el artículo 319.2, por lo que tal documento habrá de tenerse por cierto salvo que otros medios de prueba desvirtúen lo que en el documento figura y que habrá de ser razonado expresamente por el juez. Igualmente, el documento privado no impugnado (art. 326 LEC), hacen prueba plena en el proceso, como si de un documento público se tratase, en consonancia con el artículo 1.225 del Código Civil.

En conclusión, el documento cuyo contenido no haya sido impugnado expresamente por ninguna de las partes, sea público sea privado, hace prueba plena y vincula al juzgador, el cual, para apartarse de ellos, sólo podrá hacerlo razonando expresamente tal desvío del contenido del documento.

Esto confiere especial importancia a la correcta cumplimentación de la historia clínica, porque la historia clínica como tal documento es muchas veces incorporada al proceso de forma acrítica, valorándose como un elemento más sin tener en cuenta su naturaleza documental y que, como tal, está sometida a unas reglas de valoración de la prueba que muchas veces son obviadas y tratadas como cualquier otro medio de prueba que no goza de las particularidades de la prueba documental.

V.- Podría hacerse valer la infracción de las normas de valoración de la prueba por la vía del recurso de casación propiamente dicho (art. 477 LEC), infracción de las normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, vía que ya el Tribunal Supremo no había desconocido al permitir el examen de la vulneración de las normas sobre valoración de la prueba, al permitir que ello fuera realizado por la vía del antiguo número primero del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (sentencia de 27 de octubre de 1966).

Se plantea así la disyuntiva de que vía de impugnación adoptar en caso de error en la valoración de la prueba, porque, las consecuencias en uno u otro caso son diferentes.

En el caso que nos ocupa de la vulneración de las normas sobre la valoración de la prueba, si se utiliza la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, el artículo 476.2, párrafo final, acuerda anular la resolución recurrida, con reposición de las actuaciones, en este caso, al momento de dictarse la sentencia.

En cambio, si la vía impugnatoria utilizada es la del recurso de casación, la Sala de casación resolverá sobre el fondo del asunto, declarando lo que corresponda, constituyén-

dose así la Sala del Tribunal Supremo en Tribunal de Instancia y dictando una sentencia firme, de tal manera que el Tribunal debe resolver las pretensiones de las partes, estimando o desestimando la demanda.

Finalmente, queda el problema que resultaría de la posible interposición de dos recursos distintos sobre el mismo objeto.

Hemos visto que la vulneración de las normas reguladoras de la sentencia en cuanto a la valoración de la prueba es recurrible mediante el recurso extraordinario de infracción procesal.

También hemos visto que pueden ser recurribles mediante el recurso de casación.

Quedaría sin resolver el problema de cual de las dos vías es la adecuada teniendo en cuenta que el problema en este momento no es tan grave habida cuenta de que resolverá siempre el Tribunal Supremo en asuntos que sean susceptibles de recurso de casación, pero aún así las diferencias entre la estimación de la impugnación en una u otra vía son lo suficientemente importantes como para que el legislador, o la jurisprudencia al desarrollar estos problemas hallen una solución adecuada.