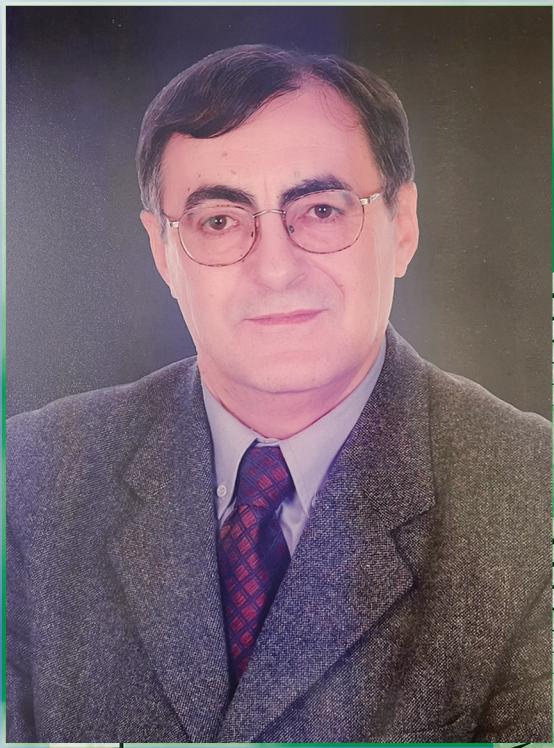


Liber amicorum
Manuel-Jesús Cachón Cadenas

De la Ejecución a la Historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas

Libro V. Apuntes históricos y otros estudios



Atelier
LIBROS JURÍDICOS

**De la ejecución a la historia
del Derecho Procesal y de sus
protagonistas. Liber Amicorum
en homenaje al Profesor
Manuel-Jesús Cachón Cadenas**

**LIBRO V: APUNTES HISTÓRICOS
Y OTROS ESTUDIOS**

De la ejecución a la historia del Derecho Procesal y de sus protagonistas. Liber Amicorum en homenaje al Profesor Manuel-Jesús Cachón Cadenas

**LIBRO V: APUNTES HISTÓRICOS
Y OTROS ESTUDIOS**

Carmen Navarro Villanueva

Núria Reynal Querol

Francisco Ramos Romeu

Arantza Libano Beristain

Consuelo Ruiz de la Fuente

Santi Orriols García

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

Este libro ha sido sometido a un riguroso proceso de revisión por pares.

© 2025 Los autores

© 2025 Atelier

Santa Dorotea 8, 08004 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibrosjuridicos.com

Tel. 93 295 45 60

I.S.B.N.: 979-13-87543-77-8

Depósito legal: B 8619-2025

Diseño de la colección y de la cubierta: Eva Ramos

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: SAFEKAT

Índice

APUNTES HISTÓRICOS

I. LA PRUEBA DE LA HIDALGUÍA	13
<i>Juan Antonio Andino López</i>	
II. JOSÉ ANTÓN ONECA Y LA HISTORIA DE LA CIENCIA JURÍDICO-PENAL ESPAÑOLA	37
<i>José Cid Moliné</i>	
III. LOS LUGARES DE EJECUCIÓN Y TORMENTO EN BARCELONA	57
<i>Miriam Cugat Mauri</i>	
IV. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA REVISIÓN DE SENTENCIAS EN EL ORDEN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO	75
<i>María Luisa Domínguez Barragán</i>	
V. TRES HISTORIAS EN EL ACCESO DE LA MUJER A PROFESIONES JURÍDICAS ..	91
<i>María Jesús García Morales</i>	
VI. VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, UN EJEMPLO PERENNE	107
<i>Juan-Luis Gómez Colomer / Víctor Fairén Le Lay</i>	
VII. LA JUSTICIA PARA LA JUSTICIA. UN APUNTE SOBRE LA FILOSOFÍA JUDICIAL EN DRANGUET Y SU CONEXIÓN CON LA ÉTICA JUDICIAL	133
<i>Piedad González Granda</i>	
VIII. FILÓSOFOS DEL DERECHO EN LA CATALUÑA DEL SIGLO XX (A LA MANERA DEL PROF. MANUEL CACHÓN)	167
<i>José Juan Moreso Mateos</i>	

IX. UNA APROXIMACIÓN AL JURADO POPULAR MIXTO DE LA SEGUNDA REPÚBLICA	177
<i>Carmen Navarro Villanueva</i>	
X. DOS CUESTIONES SUSCITADAS EN LA JURISDICCIÓN DEL MARQUESADO DE PRIEGO DURANTE LOS AÑOS 1523 Y 1529	209
<i>Manuel Peláez del Rosal / María Luisa García Valverde</i>	
XI. EL JOVEN EMILIO GÓMEZ ORBANEJA: UN SUSPIRO LITERARIO ENTRE LAS RIGIDECES DEL DERECHO	223
<i>Julio Pérez Gil</i>	
XII. DEL PROCEDIMIENTO DE DIVORCIO EN ESPAÑA (1932)	245
<i>Carlos Petit Calvo</i>	
XIII. DECÍA BECEÑA. MIRADA DE HOY A <i>MAGISTRATURA Y JUSTICIA</i>	277
<i>José Luis Rebollo Álvarez / José María Roca Martínez</i>	
XIV. MUJER Y TRIBUNAL DE JURADO EN LA SEGUNDA REPÚBLICA (1931-1936)	289
<i>José Santiago Yanes Pérez</i>	

OTROS ESTUDIOS

XV. DESMATERIALIZACIÓN Y SUTIL REMATERIALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	311
<i>Joan Amenós Álamo</i>	
XVI. DEL CONFESIONARIO AL CÓDIGO PENAL: LAS CONDUCTAS SEXUALES DE FUNCIONARIO PÚBLICO	319
<i>Margarita Bonet Esteva</i>	
XVII. DILIGENCIA MÉDICA EN TELEMEDICINA Y RESPONSABILIDAD CIVIL POR ERROR EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS	347
<i>Sandra Camacho Clavijo</i>	
XVIII. LA PERVERSIDAD INDUCIDA	367
<i>Pompeu Casanovas Romeu</i>	

XIX. DE NUEVO SOBRE LAS ACCIONES JUDICIALES EN DEFENSA DE LA DENOMINACIÓN DE ORIGEN PROTEGIDA (DOP) E INDICACIÓN GEOGRÁFICA PROTEGIDA (IGP) DE PRODUCTOS AGRÍCOLAS (APOSTILLA A LA STS [SALA 1^a] DE 18.07.2019)	385
<i>Ramón Morral Soldevila</i>	
XX. EL CONSENTIMIENTO POR DEFECTO PARA EL USO SECUNDARIO DE LOS DATOS SANITARIOS ELECTRÓNICOS. APROXIMACIÓN AL REGLAMENTO DEL ESPACIO EUROPEO DE DATOS SANITARIOS	407
<i>Susana Navas Navarro</i>	
XXI. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ENTRE LA NULIDAD Y EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA	425
<i>Gloria Ortega Puente</i>	
XXII. LA REFORMA DEL ESTATUTO DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA: ¿HACIA UNA NUEVA CONFIGURACIÓN DEL SISTEMA JUDICIAL EUROPEO?	443
<i>Montserrat Pi Llorens</i>	
XXIII. EL ALCANCE DE LA NULIDAD POR USURA	463
<i>Maria Planas Ballvé</i>	
XXIV. LA DIGNIDAD HUMANA Y LA SINGULARIDAD DE LA IA	479
<i>Marc-Abraham Puig Hernández</i>	
XXV. NORMAS Y PRESUNCIONES DE TITULARIDAD EN EL RÉGIMEN ECONÓNIMO MATRIMONIAL DE SEPARACIÓN DE BIENES DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA	495
<i>Judith Solé Resina</i>	
XXVI. EVALUACIÓN ACTUARIAL DE LA PELIGROSIDAD CRIMINAL E INTELIGENCIA ARTIFICIAL. IMPLICACIONES PARAEL SISTEMA PENAL	513
<i>Asier Urruela Mora</i>	

TABULA GRATULATORIA

TABULA GRATULATORIA.	529
-------------------------------------	-----

XVII | Diligencia médica en telemedicina y responsabilidad civil por error en la obtención de pruebas

Sandra Camacho Clavijo¹
Profesora Agregada de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA PROFESIONAL MÉDICA. 2. EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA PROFESIONAL EN TELEMEDICINA. 2.1. EL TRATAMIENTO REMOTO Y EL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA PROFESIONAL: ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL. 2.2. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR DE DILIGENCIA PROFESIONAL MÉDICO A LA TELEMEDICINA: ¿ES NECESARIO UN ESTÁNDAR DE DILIGENCIA ESPECÍFICO?. 3. EL TRATAMIENTO MÉDICO PRESTADO A DISTANCIA Y EL ERROR EN LA OBTENCIÓN DE PRUEBAS Y HALLAZGOS. 3.1. LA OBLIGACIÓN MÉDICA DE RECOPILAR PRUEBAS O HALLAZGOS. 3.2. LA DECISIÓN MÉDICA SOBRE LA UTILIZACIÓN DEL TRATAMIENTO A DISTANCIA Y EL ERROR MÉDICO EN PROCURARSE HALLAZGOS Y PRUEBAS. 3.3. LA PRUEBA DEL ERROR EN LA OBTENCIÓN DE HALLAZGOS MÉDICOS. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. El estándar de diligencia profesional médica

La actuación del médico en la medicina curativa se traduce jurídicamente en la calificación de la relación médica como obligación de medios², es decir, aquélla en la que el facultativo cumple cuándo despliega diligentemente y por to-

1. Este trabajo rinde homenaje a nuestro querido maestro, Dr. Manuel Cachón Cadenas, Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Autónoma de Barcelona, en agradecimiento por su generosidad académica y personal (sirva de anécdota la abnegada ayuda que me prestó cuando, sin conocerle, llamé a su puerta y le presenté todas las dudas que, en mi tesis doctoral, me planteaba el documento electrónico en el proceso civil). Gracias profesor Manuel Cachón por su generoso magisterio.

2. Mientras que en la medicina satisfactiva, sin perder tal carácter, la obligación se aproxima al contrato de obra debiendo existir una cierta garantía en la obtención del resultado. Vid LLAMAS POMBO, E; «Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 36, 1994, p. 1014, RODRÍGUEZ MARÍN, C; «Medicina Satisfactiva» en ORTI VALLEJO, A (Dir)/GARCÍA GARNICA, M^aC (Coord), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, p.483. Para algún autor, la exigencia de una mayor diligencia e información en el despliegue del acto, lo que se ha denominado como «obligación de medios cualificada» ver MARTÍN CASALS, M/SOLÉ FELIÚ, J; «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)», *Diario La Ley*, núm 2, 2001, p. 1647, también

dos los medios que la ciencia pone a su disposición la actividad consistente en diagnosticar, informar y prescribir un tratamiento adecuado a la patología decidida por el paciente y que busque su posible curación. Además, en toda prestación sanitaria³ subyace un elemento aleatorio que acarrea la imposibilidad de concretar un resultado pues éste dependerá de muchos factores endógenos (factor reaccional del paciente al tratamiento y exógenos (infecciones externas...)) a su actuación y por lo tanto ajenos a su control. Baste puntualizar que, el empleo de la telemedicina queda asociado a la actividad asistencial del médico que es una de las principales actividades que componen el *facere* del médico.

La obligación del médico, tanto si deriva de un contrato de tratamiento (responsabilidad contractual) (§ 630^a y ss BGB, § 49.2 Ärztegesetz 1998, 1542, 1544, 1.101 CC), como si se infiere de la protección de bienes jurídicos protegidos como son la salud y la vida (responsabilidad extracontractual, art. 1902 CC, § 823 BGB), tiene por objeto la actividad diligente acomodada a la llamada *lex artis* profesional o estándar profesional. Éste define el modelo de conducta que se espera en la actuación profesional médica. La especial cualificación de los médicos justifica, en la mayoría de los Ordenamientos jurídicos europeos estudiados, elevar el estándar de diligencia exigible para requerir el comportamiento de un profesional medio.

En Alemania, el estándar profesional es reconocido de forma vaga en el § 630^a BGB.2 al manifestar que: «*El tratamiento se llevará a cabo de acuerdo con las normas profesionales generalmente reconocidas existentes en el momento del tratamiento, salvo pacto en contrario*»⁴. En Austria, el § 1299 ABGB tipifica que «*Quien profesa públicamente un oficio, arte, comercio u oficio; o quien, sin necesidad, emprende voluntariamente un negocio, cuyo desempeño requiere habilidad propia o diligencia inusual, indica con ello que confía en la diligencia necesaria y en los conocimientos inusuales requeridos; debe, por tanto, representar la falta de estos*» y en particular el § 49.1 de la Ärztegesetz 1998 manifiesta que todo facultativo «*deberá seguir una formación continua en el marco del programa de formación continua del Colegio de Médicos de Austria y velar por el bienestar de los enfermos y la protección de los sanos de acuerdo con la ciencia y la experiencia médicas y en cumplimiento de la normativa vigente y las normas de calidad profesional*».

de esta opinión GALÁN CORTÉS, J-C.; *Responsabilidad Civil Médica*, Thomson Reuters, Navarra, 2016, p.150 y en VICANI MARTÍNEZ, A, *El error médico en la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2017.

3. En este sentido DE ÁNGEL YAGÜEZ, R; «*El resultado*» en la obligación del médico ¿ideas sensatas que pueden volverse locas? *Estudios Deusto*, vol 53, nº2, 2005, pp.49 a 101.

4. FRAHM, W et al; «*Medizin und Standard- Verwerfungen und Perspektiven, Ergebnisse einer interdisziplinären Expertengruppe, MedR* 2018, pp. 447-457.

En el ordenamiento jurídico español la culpa médica se corresponde con la omisión de la diligencia del artículo 1104 CC («*La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.*») que equivale al incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis* concebida como criterio valorativo de la corrección del acto médico⁵. En suma, el estándar de conducta profesional actúa como un modelo de conducta ideal del facultativo medio o patrón de conducta normativa al que se espera se adapte su actuación. La infracción del estándar profesional en el caso concreto constituirá una negligencia profesional que, de producir daños, dará lugar a la responsabilidad civil.

La jurisprudencia alemana define el estándar profesional del médico como la norma que «*proporciona información sobre el comportamiento que se puede esperar de un médico concienzudo y atento en la situación específica del tratamiento desde el punto de vista profesional de su especialidad en el momento del tratamiento. Representa el estado actual del conocimiento científico y la experiencia médica, que es necesario para lograr el objetivo del tratamiento médico y que ha demostrado su eficacia en las pruebas*»⁶. Por su parte, la jurisprudencia española define la *lex artis* con remisión al diccionario panhispánico del español jurídico de la Real Academia Española y manifiesta que la conforman el «*conjunto de reglas técnicas a que ha de ajustarse la actuación de un profesional en ejercicio de su arte o oficio*»⁷, y conforme la doctrina del alto Tribunal, actuar de acuerdo con este patrón de diligencia «*no solo comporta el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigible de acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias*»⁸. En Austria, la negligencia o mala praxis médica radica en

5. Ver GALÁN CORTES, J.C; *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters, Navarra, 2022, p. 259.

6. Ver BGH, Urt. v. 15.04.2014, VI ZR 382/12, NJW-RR 2014, 1053, 1054, también en BGH Urt. v. 21.12.2010, VI ZR 284/09, NJW 2011, 1672.

7. En este sentido ver STS, de 30.09.2020 (Sala de lo Contencioso) (Id Cendoj: 28079130052020100240)

8. En este sentido STS 18.12.2006 [RJ 2006\9172]: «*La lex artis entendida de esa forma, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar ó descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena*» y sigue el mismo criterio la STS de 23.5.2006 [RJ 2006\3535], Análisis del concepto de diligencia médica en SOLÉ FELIU, J; «*Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios*» en Revista de Derecho Civil, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 1-52.

cualquier falta cometida por el médico durante el tratamiento, por lo que, de conformidad con § 1299 del ABGB, deben tenerse en cuenta los conocimientos y aptitudes que, en general, poseen los colegas especialistas de dicho médico⁹. En el tratamiento de sus pacientes, los médicos deben aplicar el cuidado que se espera de un médico medio prudente y concienzudo en la situación concreta, de acuerdo con la ciencia y la experiencia médicas¹⁰.

El estándar de diligencia profesional médica está determinado objetivamente y no subjetivamente o de forma individual. Lo que significa que su concreción depende entonces de la conducta que se esperaría en el grupo profesional respectivo (médico general, especialista, nivel hospitalario), incluyendo los conocimientos generales requeridos, y excluyendo en todo caso, las capacidades y conocimientos subjetivamente individuales¹¹. Además, la doctrina destaca que el estándar profesional médico no se trata de un patrón de conducta estático, sino más bien lo contrario, tiene un carácter dinámico, ya que debe adaptarse a las circunstancias del caso y al cambio constante que representa la evolución del conocimiento científico y el desarrollo de nuevas técnicas de diagnóstico y tratamiento médico¹².

2. El estándar de diligencia profesional en telemedicina

Con relación a la actuación médica en el tratamiento a distancia, la cuestión que se plantea es si está justificada la exigencia de un estándar de diligencia profesional diferente al utilizado en la asistencia y tratamiento médico presencial, dadas las limitaciones de percepción médica que concurren en la telemedicina. Analizaremos a continuación: 1) Cómo se posiciona la jurisprudencia

9. Ver Vrba, K/Unger,K; „Haftung der Ärzte, Krankenanstalten und Heime«, *Schadenersatz in der Praxis*, LexisNexis, Österreich, November 2022, p. 14.

10. Ver sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 31.1.1995 en *Österreichische Juristinnenzeitung*, ÖJZ 1995/149 (EvBl): OGH 31.1.1995, 4 Ob 509/95.

11. SPICKHOFF, G; „BGB § 839 Haftung bei Amtspflichtverletzung«, *Medizinrecht*, CH Becks, München, 2022, Rn. 8-29. Se abre el debate sobre si puede exigirse una diligencia superior al médico que posee más conocimientos y práctica, es decir cuyas capacidades superan las de la media, o por otro lado la negligencia sólo se da si el médico se aparta del comportamiento de un profesional medio. En este sentido la jurisprudencia alemana parece pronunciarse a favor de exigir al profesional médico que posee conocimientos médicos especializados superiores a los exigidos, que debe utilizarlos también en beneficio de su paciente. (Ver BGH Urt. V. 10.02.1987-VI ZR 68/86, NJW 1987, 1479. 1480). Mientras en Austria el Tribunal Supremo austriaco lo interpreta de otro modo: «Si, por el contrario, sus capacidades superan la media, entonces... sólo se da un descuento que obligue a pagar daños y perjuicios si se omitió ese grado de diligencia o atención que puede aplicarse a las capacidades ordinarias» (*Österreichische JuristenZeitung*- Öst JZ 1970, 517).

12. Ver TAUPITZ, J «Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen», *Neue Juristische Wochenschrift NJW* 1986, 2851, HART, D; «Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen - Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff» | *MedR* 1998, s. 8-15.

sobre el tratamiento médico remoto existente antes de la implementación de la telemedicina y, 2) Los argumentos esgrimidos en defensa de la aplicación del estándar de diligencia médica profesional presencial en la telemedicina.

2.1. El tratamiento remoto y el estándar de diligencia profesional: análisis jurisprudencial

Con anterioridad a la implementación de la telemedicina, los tribunales civiles resuelven con extrema severidad aquellos casos en los que el médico opta por un tratamiento remoto y el paciente sufre daños, ya que defienden que el médico sólo puede prescindir del contacto personal con el paciente en casos muy excepcionales. En Alemania, no existe jurisprudencia posterior a la reforma del §7.4 MBO-Ä que admite la telemedicina, que reconozca explícitamente el tratamiento remoto o exclusivamente a distancia, pero podemos estudiar la jurisprudencia anterior.

En estos casos, los tribunales civiles se pronuncian conforme el anterior §7.4 MBO-Ä que, aunque no impedía el tratamiento médico a distancia, si prohibía el tratamiento exclusivamente remoto. Conforme a este precepto anterior a la reforma, los tribunales se posicionan a favor de imputar al médico la responsabilidad civil por los daños que el paciente podría no haber sufrido si hubiera sido atendido personalmente. Por lo tanto, el médico asume el riesgo de tomar la decisión sobre un tratamiento a distancia que le permite sólo una percepción sensorial abreviada de la situación del paciente¹³.

En este sentido, es relevante el pronunciamiento de la sentencia del tribunal federal alemán o *Bundesgerichtshof* (BGH) de 20.02.1979. El tribunal resuelve el caso de un tratamiento médico de un paciente por teléfono que incluye la prescripción telefónica de medicamentos y cuyo desenlace es finalmente la muerte del paciente en casa por una grave neumonía. En la sentencia, el tribunal federal de justicia considera que el médico al hacerse cargo de un tratamiento, «*le da al paciente la confianza de que lo ayudará con sus conocimientos y habilidades médicas y, en caso necesario, iniciará nuevas medidas de asistencia para las que él mismo no esté en condiciones, como la remisión a un especialista o en un hospital. La persona enferma depende de este cuidado y ya no tratará de buscar ayuda en otro lugar. El incumplimiento culpable de esta obligación de garante, que causa lesiones corporales o la muerte del paciente, da lugar a responsabilidad por parte del médico*14.

13. Ver HERKENRATH, A; *Ärztliche Fernbehandlung*, Mohr Siebeck; Tübingen, 2022, p. 212.

14. Ver BGH Urt. V. 20.02.1979-VI ZR 48/78, juris RN.8, NJW 1979, 1248.

El tribunal establece que una de las obligaciones del médico es formar su propia imagen del sufrimiento del paciente, sin depender de la información proporcionada por terceros. Para ello «*si el paciente no puede acudir a la consulta por sí mismo, es necesaria una visita domiciliaria en cualquier caso si se trata obviamente de una enfermedad más grave. Los diagnósticos remotos basados en el asesoramiento verbal de familiares rara vez pueden ser suficientes*». De lo dicho anteriormente, se deduce que el médico tratante está obligado a visitar al paciente, lo que solo puede omitir si existen razones graves que le impiden hacerlo.

Esta obligación también es reconocida en la sentencia del *Oberlandesgericht* (OLG) o Tribunal regional Superior de Koblenz de 13.01.2016¹⁵. En este caso, el tribunal entiende que: si «*un oftalmólogo de guardia durante el fin de semana se abstiene de examinar personalmente al paciente y, en su lugar, se limita a recomendarle por teléfono que consulte al especialista local al siguiente día laborable, ello puede considerarse una omisión que invierte la carga de la prueba a favor del paciente (afirmación que aquí se aplica en el caso de la litis) (principio rector oficial)*». Aunque en este caso, el facultativo pudo probar en juicio que la relación de causalidad entre la omisión y el daño primario es, si no excluyente, al menos extremadamente improbable, por lo que queda excluida la responsabilidad. En este sentido también se pronuncia el *Verwaltungsgericht* (VG) o Tribunal de lo contencioso administrativo de Frankfurt, en su resolución de 19.10.2004, con relación al tratamiento remoto de un pediatra, reconoce que «*Cualquier tipo de tratamiento remoto que se lleve a cabo sin que el médico tratante examine personalmente al paciente al menos una vez en relación con el tratamiento específico, se considera potencialmente peligroso para la salud*»¹⁶.

En conclusión, la jurisprudencia pone de relieve la obligación del médico de garantizar el cuidado del paciente lo que, genera una correlativa confianza del paciente en el médico como garante de su tratamiento. La consecuencia es que, el paciente confía en el hecho de que el médico considere que el tratamiento a distancia sea suficiente y, en base a esta confianza, no busca más ayuda como, por ejemplo, asistir presencialmente a urgencias.

La jurisprudencia española también ha considerado el tratamiento exclusivamente a distancia no acorde a la deontología médica. La sentencia del TSJ de Málaga de 9 de octubre de 2014, resuelve sobre si es correcta la sanción impuesta por la Junta Directiva del colegio de Médicos de Málaga por la que se

15. *Oberlandesgericht* (OLG) de Koblenz, Urteil von 13.01.2016- 5 U 290/1.

16. Ver *Verwaltungsgericht* (VG) Frankfurt, Urt. V. 19.10.2004- - 21 BG 1748/04.

suspende en el ejercicio de su profesión a un facultativo que ha realizado un tratamiento exclusivamente por vía telemática que constituye una infracción disciplinaria tipificada en los estatutos del Colegio de Médicos¹⁷. El Tribunal analiza, tanto el Código Ético Medico del Colegio de Médicos de 1999 como el de 2011 y, resuelve que en ambos códigos se prohíbe en términos idénticos la conducta consistente en «el ejercicio clínico de la medicina mediante consultas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet». Por lo que, el Tribunal llega a la conclusión de que no es posible sustituir la asistencia presencial a la hora de desarrollar funciones de estricta medicina clínica como el examen para diagnóstico y seguimiento de la evolución. Estas actuaciones precisan del contacto personal con el paciente. En consecuencia, la sentencia confirma la sanción por infracción disciplinaria impuesta al facultativo por el tratamiento exclusivamente telemático prestado.

2.2. Aplicación del estándar de diligencia profesional médico a la telemedicina: ¿es necesario un estándar de diligencia específico?

Llegados a este punto, se plantea la siguiente cuestión ¿Puede regirse la actuación del médico en el tratamiento a distancia y en la asistencia exclusivamente a distancia por el mismo estándar de diligencia profesional que el tratamiento médico presencial?

Los argumentos esgrimidos a favor de establecer un estándar de diligencia distinta para el tratamiento a distancia son los siguientes:

- 1º) Para determinar el estándar de diligencia profesional, la atención no debe centrarse en el estándar óptimo, sino, en el alcanzable en las circunstancias concretas, debiendo existir ciertas gradaciones en función de la situación médica y jurídica¹⁸ y;
- 2º) El progreso rápido de la tecnología médica y la consiguiente adquisición de conocimientos y experiencias, cada vez más nuevos, conducen inevitablemente a diferencias de calidad en el tratamiento de los pacientes (por ejemplo, si acuden a un lugar de máxima asistencia, como un gran hospital universitario o, un hospital especializado con instalaciones personales

17. La sanción se refiere a la suspensión por un año menos un día por una infracción disciplinaria tipificada en el art. 79.2.k) de los estatutos del Colegio de Médicos. Ver STSJ Málaga (Sala de lo Contencioso) de 9.10.2014, Id Cendoj: 29067330032014100360.

18. Ver Steffen, E; «Einfluß vermindelter Ressourcen von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung», MedR 1995, Pflüger, F; «Haftungsfragen der Telemedizin», Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht (en adelante VersR) 1999, pp.1070-1075 y sentencia BGH, Urteil vom 08-03-1988 - VI ZR 201/87 (Stuttgart).

y equipos especialmente buenos, o si acuden a un hospital de asistencia general)¹⁹.

La pregunta es, sí las circunstancias que concurren en el tratamiento a distancia justificarían esta modificación del estándar de diligencia profesional aplicable en el caso de tratamiento presencial. El argumento a favor sería que no hay identidad entre ambos casos que justifique una aplicación del mismo estándar de diligencia, principalmente porque en la telemedicina, la percepción de la situación del paciente por parte del médico es limitada²⁰. Es decir, en la telemedicina podría valorarse que el error de tratamiento tenga en cuenta las posibilidades de percepción que concurren en el contexto del tratamiento a distancia. Esto implicaría que el médico tratante sólo fuera responsable del daño que realmente hubiera podido evitar en la situación específica.

Sin embargo, la mayor parte de la doctrina defiende que el estándar de atención médica debe mantenerse siempre, incluso en el caso de tratamiento a distancia²¹. Además, aunque la gradación del estándar de diligencia profesional esté justificada según las circunstancias del caso, en ningún supuesto se puede prescindir de un determinado nivel mínimo de diligencia como umbral básico indispensable²². Una gradación descendente del estándar médico en el caso del tratamiento a distancia y exclusivamente a distancia, supondría una pérdida de calidad en el tratamiento médico contraria al principio de garantía de la atención médica diligente que rige en cualquier ordenamiento jurídico.

El tratamiento a distancia no representa un nuevo tipo de tratamiento médico o una nueva especialidad médica que pueda justificar un nuevo estándar de diligencia médica. El tratamiento a distancia representa un nuevo soporte de realización de la atención médica. En ningún caso, la utilización de nuevos medios tecnológicos puede justificar una disminución de la protección del paciente²³. Las consultas y tratamientos realizados a distancia y exclusivamente a distancia no dejan de ser actos médicos y, por lo tanto, quedan sometidos al mismo estándar de diligencia profesional que cualquier otro acto médico.

19. En este sentido Katzenmeier, C; «X. Arztfehler und Haftpflicht» en Laufs/Katzenmeier/Lipp, *Arztrecht*, C.H. Becks; München, 2021, Rn 18.

20. Ver BERGMANN, K.O; Telemedizine und das neue E-Health Gesetz, *Medizinrecht*, 34, 2016, pp.497-502.

21. Así Spickhoff, A; «Telemedizin und persönlicher Kontakt», *Medizinrecht*, C.H. Beck. 2022, Rn. 26, HERKEN-RATH, A; «Ärztliche...», ob.cit. p. 216., STELLAMOR, K/ STEINER, J.W; *Handbuch des österreichischen Arztrechts*; Manzsche Verlags, Wien, 1999, p.77.

22. KULLMANN, H.J; „Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards“, *VersR* 1997, pp.529-532.

23. Así SIGLMÜLLER, J; *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, Springer, Heilderberg-Berlin, 2020 p.150. en contra Leupold/Wiesner en Leupold/Wiebe/Glossner, *IT-Recht, CH Beck; München*; 2021, Teil 13, Rn. 78 que argumenta a favor de que el tratamiento a distancia tenga su propio estándar de diligencia médica.

3. El tratamiento médico prestado a distancia y el error en la obtención de pruebas y hallazgos

La responsabilidad del médico que utiliza la telemedicina como medio o soporte para la realización del tratamiento a distancia se asociará principalmente al error producido en la obtención de hallazgos médicos. Analizaremos a continuación el contenido de la obligación médica de recopilar pruebas o hallazgos y el cumplimiento de esta obligación en la telemedicina o asistencia médica a distancia.

3.1. La obligación médica de recopilar pruebas o hallazgos

El médico tiene la obligación de recopilar todas aquellas pruebas o hallazgos relevantes del paciente para emitir un diagnóstico²⁴. En el caso de incumplimiento de este deber, no se trata de un error de diagnóstico, aunque a menudo es difícil su distinción, aquí el reproche radica en que, el facultativo no recopila toda la información necesaria o no recoge las pruebas o hallazgos que la situación del paciente requiere. La obligación del médico es realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias atendiendo el estado de la ciencia en ese momento, de tal forma que, sólo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente puede servir de base para declarar la responsabilidad.

En Alemania, la sentencia del BGH, de 13-02-1996 resuelve que el médico incumple la obligación de obtener pruebas y su custodia respecto a un paciente que acude al médico con dolor en el pecho y síntomas de infarto y fallece. Se considera que hay violación del deber de recopilar y asegurar los hallazgos médicos y almacenar adecuadamente a los portadores de los hallazgos (aquí: pérdida de un ECG (electrocardiograma original). En la sentencia, se manifiesta que, teniendo en cuenta los resultados de la autopsia disponibles, el ECG habría mostrado el ataque cardíaco anterior con una probabilidad de más del 90%. Bajo tales signos el paciente habría sido llevado inmediatamente al hospital como una emergencia. La falta del médico de procurarse el hallazgo o prueba conduce a una ausencia de evaluación que es la causa del daño producido²⁵.

24. EHLERS, A.P.F/BROGLIE,M.G., *Arzthaftungsrecht*, C.H.Beck, München,2014, p. 64.

25. Ver también en BGH, Urteil vom 13-02-1996 - VI ZR 402/94 (Celle) también en BGH, urt. v. 12.2.2008 - VI ZR 221/06 (OLG Saarbrücken).

En la jurisprudencia española, el reproche por la insuficiencia de pruebas médicas realizadas se encabe en la calificación de error de diagnóstico. Aunque, se especifica que la infracción de la *lex artis* radica en la no realización de las pruebas necesarias que el caso requiere. Así, por ejemplo: la STS de 18 de febrero de 2015 resuelve un caso de una paciente que, tras un parto por cesárea, sufre una infección abdominal diagnosticada como endometriosis y que motiva una nueva reintervención quirúrgica. La sentencia reprocha la falta de exploraciones complementarias como una ecografía o un TAC abdominal: «*Estamos ante una actuación médica carente de los conocimientos necesarios para hacer posible un diagnóstico correcto mediante la exploración y la práctica de pruebas complementarias que hubieran prevenido, evitado o aminorado el daño a partir de una previa sintomatología evidente y reiterada*»²⁶. Aunque es obligación del médico realizar las pruebas necesarias, «*no se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior, dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su consecución todos los medios posibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se realicen*»²⁷.

En suma, corresponde al médico decidir el examen del paciente y aquellos hallazgos que son necesarios para la evaluación del caso. La recopilación de los hallazgos también incluye la recogida de información mediante el interrogatorio del paciente, cuidadosamente realizado y medicamente completo: la anamnesis²⁸. En el procedimiento de la exploración que se realiza durante la primera toma de contacto, a través de la entrevista inicial, el objetivo es identificar al paciente, averiguar sus dolencias, su historial y aquellas cuestiones ambientales, familiares y personales más destacables (preguntar sobre alergias a medicamentos o sobre enfermedades familiares).

En principio, el médico deberá examinar al paciente personalmente, de forma completa y en la medida de sus posibilidades. La inspección del paciente suele consistir en inspeccionar el aspecto y color de la piel, mucosas y anatomía externa del paciente. Puede ser una exploración general completa, o particular o

26. Ver STS 33/2015 de 18 de febrero de 2015 (RJ 2015/340).

27. Ver STS 679/2010 de 10 de diciembre de 2010 (RJ 2011/137).

28. Ver OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 18.6.2015 – 5 U 66/15: en esta sentencia se concluye que si el médico general (internista) detecta un nuevo aumento del nivel de PSA, que requiere una aclaración por parte de un urólogo, el hecho de no remitir al paciente a un urólogo debe calificarse de deficiencia en el diagnóstico y no de error terapéutico en la consulta. Sin embargo, en el caso analizado se considera suficiente el consejo verbal de consultar de nuevo a un urólogo en el momento oportuno. Si el acuerdo de gestión federal (BMV-Ä) exige una remisión por escrito para seguir allí el tratamiento, la ausencia de tal remisión no indica que el médico generalista haya omitido solicitar al paciente que consulte a un urólogo.

regional cuando pretende valorarse una patología a un cierto nivel²⁹. En todo caso, este deber depende de las circunstancias, en particular de los medios auxiliares disponibles y de la voluntad del paciente³⁰. La gravedad de la enfermedad determinará la necesidad de exámenes complementarios y a medida que aumente la gravedad e intensidad de la enfermedad, crece el consenso médico sobre la indicación de determinadas medidas diagnósticas. En suma, en una medicina de medios, la toma de decisiones clínicas está basada en el diagnóstico y éste se establece a partir de una serie de pruebas y exámenes exigidos según la sintomatología del paciente y que se dirigen a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida.

3.2. La decisión médica sobre la utilización del tratamiento a distancia y el error médico en procurarse hallazgos y pruebas

En el caso de la telemedicina, el error en la obtención de pruebas que implica una omisión de valoración médica radica principalmente en el hecho de que el facultativo que opta por un tratamiento remoto no puede realizar un examen personal y parte de una percepción abreviada de la anamnesis³¹. En la inspección a distancia del enfermo el médico carece de la necesaria percepción olfativa y del tacto que es imprescindible para realizar acciones como la palpación, la auscultación, la percusión o la exploración de reflejos.

Como ejemplo, la jurisprudencia alemana se muestra escéptica sobre la recopilación de hallazgos y pruebas en el contexto del tratamiento a distancia y si el paciente sufre daños, los tribunales tienden a asumir un incumplimiento del deber médico de recopilarlos. Así el Tribunal de lo contencioso administrativo o VG de Frankfurt en sentencia de 19.10.2004 manifiesta que: «Cualquier tipo de tratamiento remoto que se lleve a cabo sin que el médico tratante examine personalmente al paciente al menos una vez en relación con el tratamiento específico, se considera potencialmente peligroso para la salud».³² La jurisprudencia concede así una gran importancia a la percepción personal del médico lo que en la telemedicina se identifica con el examen personal del paciente al menos una vez durante el tratamiento.

29. GARCÍA BLAZQUEZ, M/CASTILLO CALVÍN, J.M; *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011, p. 61.

30. Vid LAUFS, A; en LAUFS/KERN, *Handbuch des Arztrechts*, C.H.Beck, München, 2019, § 3 Rn. 17.

31. Ver KATZENMEIER, C; „Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung“, *NJW* 2019, pp.1769-1773.

32. Ver VG Frankfurt, Urt. V. 19.10.2004- - 21 BG 1748/04.

La Jurisprudencia española también se ha pronunciado sobre la responsabilidad del médico por la falta de recopilación de hallazgos y pruebas en el contexto del tratamiento a distancia. Así en la sentencia de la AP de Murcia de 13 marzo de 2008³³ se valora si existe responsabilidad por mala praxis por error de diagnóstico en el caso de un asesoramiento médico ginecológico por teléfono. En este caso, la utilización de la medida asistencial remota determinó la falta de obtención de pruebas y el error de diagnóstico. El tribunal aprecia que la actuación del ginecólogo demandado no se ajusta a la «lex artis» al realizar un diagnóstico erróneo a distancia, por teléfono y sin haber practicado todas las pruebas diagnósticas previas en atención a la sintomatología que presentaba la demandante, más concretamente, ante la presencia de un sangrado, y que ello determinó la muerte del niño que ésta esperaba y manifiesta que «la telemedicina a que se refiere la parte apelante, no supone que fuese ajustada a la lex artis ad hoc la intervención telefónica del apelante, diagnosticando y prescribiendo tratamiento a la actora en tal forma, sin asistirla directa y personalmente, ni prescribir pruebas complementarias».

El médico que decide iniciar un tratamiento exclusivamente a distancia asume entonces la responsabilidad de valorar los riesgos inherentes a la percepción sensorial abreviada y deberá decidir si, a pesar de la pérdida de percepción sensorial, puede garantizar la atención médica diligente requerida en el tratamiento³⁴. Además, el cumplimiento del deber general de diligencia en la atención médica a distancia requiere que, el facultativo en todo caso utilice aquellos medios tecnológicos que al menos hagan posible la presencia virtual (teleconsulta por videocámara), excluyendo la simple comunicación a distancia como es el correo electrónico³⁵.

3.3. La prueba del error en la obtención de hallazgos médicos

Generalmente, la prueba es especialmente compleja en el caso de que exista por parte del facultativo un incumplimiento del deber de diligencia en procurarse pruebas y hallazgos para evaluar correctamente al paciente. El paciente deberá probar que, en el caso de que el médico hubiera cumplido diligente-

33. Vid SAP de Murcia de 13 marzo de 2008 (AC\2008\97)

34. En este sentido para SIGLMÜLLER, J; la apreciación de si el tratamiento a distancia exclusivo o tratamiento a distancia de apoyo constituye un incumplimiento del deber del médico, debe basarse en cuatro criterios: 1) El derecho del paciente a la autodeterminación, 2º) La influencia en la relación de confianza entre médico y paciente, 3º) El riesgo de una falta de información no reconocida debido a la pérdida de ciertas impresiones, y por último, 4º) La garantía del cuidado médico en la realización del tratamiento. Ver en *Rechtsfragen der Fernbehandlung* Springer, Heilderberg-Berlin, 2020, p. 157.

35. En este sentido ver STELLPFLUG, M;«Arzthaftung bei der Verwendung telemedizinischer Anwendungen», *Gesundheitsrecht* 2019, pp 76-78

mente este deber, hubiera supuesto la realización de ciertas pruebas o la obtención de cierta información y ésta hubiera activado la reacción del médico que hubiera tenido un sentido positivo en el estado de salud del paciente, evitando el daño. En suma, deberá probarse el nexo causal probable entre la falta de obtención de hallazgos o pruebas y el daño en la salud del paciente³⁶.

Debido a esta complejidad probatoria, en Alemania, el §630h (5) BGB prevé una presunción de la relación de la causalidad al manifestar que: «*Si se produce un error grave en el tratamiento y éste es fundamentalmente capaz de causar una lesión para la vida, el cuerpo o la salud del tipo que realmente se produjo, se presume que el error en el tratamiento fue la causa de dicha lesión. Esto también se aplicará si la persona que dispensó el tratamiento no realizó o no garantizó a su debido tiempo una constatación médica necesaria, en la medida en que la constatación hubiera arrojado un resultado con suficiente probabilidad que hubiera dado lugar a la adopción de otras medidas, y si la no adopción de tales medidas hubiera sido manifiestamente errónea*». De conformidad con el § 292 S. 1 ZPO esta presunción legal tiene los efectos de inversión de la carga de la prueba³⁷.

La jurisprudencia alemana, con relación al error en la obtención de hallazgos médicos, admite que se pruebe la mera probabilidad del nexo causal, es decir que, con los hallazgos o pruebas, el estado de salud del paciente se hubiera clarificado y el daño se hubiera evitado. Y, además, se considera que, para activar la presunción de la relación de causalidad, es suficiente con la prueba de una probabilidad superior al 50% de un resultado positivo en el paciente³⁸. Basta con esta prueba, sin exigir probar cómo el médico hubiera reaccionado y

36. BGH Urt. v. 3.02.1987-VI ZR 56/86, NJW 1987, 1482: «*Si el médico ha omitido culpablemente la obtención y el aseguramiento de hallazgos médicaamente incuestionables, el paciente puede beneficiarse de una facilitación de la carga de la prueba hasta la inversión de la carga de la prueba a cargo del médico, si ello dificulta o impide esclarecer una probable relación causal entre la negligencia médica y el daño a la salud y el aseguramiento de hallazgos se debía precisamente al aumento del riesgo de la evolución de la enfermedad en cuestión*».

37. § 292 S. 1 ZPO, Zivilprozessordnung, Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), die zuletzt durch Artikel 19 des Gesetzes vom 22. Februar 2023 (BGBl. 2023 I Nr. 51): «*Si la ley establece la presunción de la existencia de un hecho, la prueba en contrario será admisible salvo que la ley prescriba otra cosa. Dicha prueba también podrá aportarse mediante solicitud de parte conforme al artículo 445*».

38. Entre otras, OLG Dresden, Urt. v. 06.06.2002- 4 U 3112/01, VersR 2004, 648: «*Si no se realizan hallazgos, la carga de la prueba sólo puede aliviarse a favor del paciente si los hallazgos hubieran tenido un resultado médico positivo con probabilidad suficiente. En cualquier caso, no es posible hablar de probabilidad suficiente si el resultado presumible de los hallazgos es completamente abierto y la probabilidad no puede fijarse por encima del 50 %*».

OLG Köln Urt. v. 28.05.2003-5 U 77/01, VersR 2004, 247: «*Como se ha explicado con detalle anteriormente, en el presente caso no puede suponerse que exista al menos un 50% de probabilidad de que un hisopo vaginal haya dado lugar a un resultado positivo, de modo que no puede justificarse ninguna medida probatoria para los demandantes, ni siquiera desde el punto de vista de la violación de una obligación de constatación*»

con qué éxito ante tal hallazgo³⁹. En todo caso, la jurisprudencia se posiciona a favor de activar también la presunción de causalidad en aquellos casos en los que puede concluirse que con la omisión de los hallazgos o pruebas se cometió un error muy grave en el tratamiento⁴⁰. Es decir que el médico no realizó un examen o prueba considerada necesaria, cuya información hubiera activado una reacción, que, al no producirse, se manifiesta como un grave error de tratamiento médico.

En Austria, también se reconoce la dificultad de la prueba exacta en el caso de daños de un paciente que puedan estar relacionados con errores en el tratamiento, sea error en los hallazgos o error de diagnóstico y por ello, se exigen menores requisitos de la prueba de la causalidad. Bastará con probar la «causalidad *prima facie*», es decir, basta que el paciente pueda probar que la probabilidad de que se produjera el daño aumentó por el error. En cualquier caso, la prueba *prima facie* es una simplificación práctica de la carga de la prueba de la causalidad que incumbe al perjudicado⁴¹. Si el paciente ha podido demostrar la probabilidad de que el error aumentó el riesgo de que se produjera el daño y al menos, una parte de éste le es ciertamente imputable al médico, entonces es responsable de la totalidad del daño, salvo que pueda demostrar la inexistencia de nexo causal. Para evitar la responsabilidad, el médico deberá demostrar que el error no fue con toda probabilidad la causa del daño (§ 1298 ABGB)⁴².

OLG Koblenz, Urt. v. 24.06.2010-5 U 186/10, GesR 2010, 546,547: «De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Federal de Justicia, el paciente tiene derecho a la facilitación de pruebas en caso de una recopilación omitida o inadecuada de los resultados si existe una probabilidad suficiente, en el sentido de una probabilidad predominante, de que se haya logrado un resultado positivo que requiera una reacción. Sin embargo, no es seguro con suficiente probabilidad que un hallazgo histológico en noviembre de 2002 pudiera haber detectado un tumor maligno que debería haber implicado medidas de tratamiento adicionales. (...) Si el médico informa al paciente de la necesidad de una nueva revisión y le da un plazo para ello, no suele haber obligación legal de recordarle que acuda a la cita»

39. Ver en Katzenmeier, C; „§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler“, en Hau/Poseck, CH Beck, Online-Kommentare,, 65. Edition, 2023, Rn.90

40. Ver BGH, Urteil vom 13.02.1996 - VI ZR 402/94 (Celle): «Para la cuestión de la causalidad, la infracción del deber de averiguar y asegurar los hallazgos sólo puede adquirir relevancia en cuanto a la facilitación de la prueba si, en el caso concreto, debe concluirse al mismo tiempo un error grave en el tratamiento; esto es así si —en su caso, con la apreciación de pruebas médicas adicionales— surge un hallazgo tan claro y grave como suficientemente probable que su apreciación errónea tendría que presentarse como fundamentalmente errónea».

41. Ver OGH de 26.7.2006, 3 Ob 106/06v, en este caso se refiere a una operación de cataratas

42. Ver OGH vom 23.3.2021, 1 Ob 11/21f = Zak 2021/279, 158), en referencia a un caso de daños en el recién nacido por nacimiento por cesárea, se alega realización tardía de la cesárea. En este caso la demandada alega que la demandante debe probar la probabilidad abrumadora de que el daño haya sido causado por el error médico para probar la causalidad. Sin embargo, el tribunal considera, por el contrario, al amparo de la jurisprudencia actual que es suficiente para considerar que el demandante prueba la causalidad entre el error médico y el daño a la salud, que la probabilidad de que se produzca el daño no haya aumentado de forma insignificante por el error del médico. En estos casos, la carga de la prueba de la (no) existencia de causalidad se invierte en cierta medida. El Tribunal considera que «La pregunta que hay que responder es si la probabili-

En España, en materia probatoria médica, la jurisprudencia configura la teoría del daño desproporcionado⁴³. Sin embargo, a diferencia de las figuras estudiadas anteriormente⁴⁴, esta teoría guarda relación con la prueba de la culpa, ya que permite deducir la culpa médica, no probada de modo directo, cuando las circunstancias y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar culpa profesional⁴⁵. El daño es desproporcionado cuando es anómalo como resultado de una actividad médica concreta, pues no se corresponde con las complicaciones posibles y definidas de la misma. La aplicación de esta doctrina no determina por sí sola la existencia de responsabilidad del médico, sino la exigencia al mismo de una explicación coherente sobre la disonancia entre el riesgo inicial de la actividad médica y la consecuencia producida⁴⁶. Si dicha anormalidad no puede ser explicada, se obtiene la deducción de que el médico no ha actuado conforme los datos actuales de la ciencia, ni con una conducta profesional diligente⁴⁷.

En la telemedicina, es mucho mayor el riesgo de que se produzca un error médico en la obtención de pruebas y pueda acudirse a la presunción de relación de causalidad o a la presunción en el reproche de culpabilidad. Esto es, debido a que, en la asistencia médica a distancia, la percepción sensorial abreviada del médico y su decisión de obviar un examen presencial puede conducir a que el facultativo incumpla con el deber de procurarse los hallazgos y pruebas médicas necesarias con relación a la situación del paciente. Sin embargo, en este caso, el alcance del reproche de incumplimiento se circumscribe no sólo a la no

dad de que se produzcan estos riesgos ha aumentado de forma insignificante como consecuencia del retraso. Si el demandante logra probar esto (y el demandado no logra probar que la demora probablemente no fue causal de estas consecuencias del daño), el resultado sería que el demandado también sería plenamente responsable de estas consecuencias del daño».

43. Ver entre otras, la primera sentencia que aplica esta doctrina STS 1022/1996 de 2.12.1996 (RJ 1996\8938) STS 652/2006 de 26.6.2006 (RJ 2006\5554), STS 167/2006 de 15.2.2006 (RJ 2006\692), STS 1267/2006 de 5.12.2006 (RJ 2007\232), STS 1377/2007 de 5.1.2007 (RJ 2007\552), STS 465/2007 de 30.4.2007 (RJ 2007\2397), STS de 23.10. 2008 (RJ 2008\5789), STS de 8.07.2009 (RJ 2009\4459).

44. Ver comparación con figuras europeas similares en SÁNCHEZ GARCÍA, M.M; «El daño desproporcionado» *Revista CESCO Derecho de consumo*, nº 8, 2013, pp. 240-258.

45. Ver GALÁN CORTES, J.C.; «La responsabilidad civil y penal del médico anestesista», *La Ley*, 1995-1, p.1055 y ss, SEIJAS QUINTANA, J.A., «Responsabilidad civil médico sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad civil*, núm. 16, 17-23 abril de 1995, pp. 301-315.

46. Ver STS 465/2007 de 30.4.2007 (RJ 2007\2397). Por ejemplo, en STS 240/2016 de 12.4.2016 (RJ 2016\1334) el tribunal descarta el daño desproporcionado porque hay una causa que explica el resultado (fallecimiento del paciente por intervención de quiste pilonidal), mientras en la STS 284/2014 de 6.6.2014 (RJ 2014\3395) se estima la responsabilidad del médico por aplicación de esta doctrina ya que no hay prueba que justifique el resultado (infarto cerebral resultado de una intervención de parto). Ver comentarios en SEIJAS QUINTANA; J.A; «El encuadramiento actual de la responsabilidad sanitaria» en LIZARRAGA BONELLI, E; *Ley 41/2002 de Autonomía del paciente en su XX aniversario*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 134-137.

47. Ver ABEL LLUCH, X; «La prueba de la responsabilidad de los médicos» en PICO I JUNOY, J/ABEL LLUCH, X/ PELLICER ORTIZ, B; *La prueba de la responsabilidad profesional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 77-91.

obtención de pruebas médicas necesarias. En este caso, el incumplimiento de este deber queda inevitablemente asociado a la elección por parte del facultativo de un medio asistencial cuya percepción sensorial abreviada le ha impedido tener toda la información que necesita para decidir las pruebas a realizar.

Además, como el tratamiento a distancia queda sometido al mismo estándar de diligencia profesional que cualquier otro acto médico presencial, en ningún caso el facultativo podrá eximir su responsabilidad alegando sus limitadas posibilidades de percepción y pretender ser sólo responsable del daño que realmente hubiera podido evitar en la situación específica de asistencia a distancia. En España, el nuevo Código de deontología médica (2022) prevé que «*Cuando el médico utilice la telemedicina, sus intervenciones deben estar presididas por base científica, profesionalidad, veracidad y prudencia, y siempre serán conformes al contenido de este Código*» (art. artículo 81.3) y que «*cuando un médico hace uso de los sistemas de comunicación, debe ser responsable de sus actos y de los daños directos e indirectos que de su actuación se puedan derivar*» (art.81.2)⁴⁸.

En efecto, el facultativo asume la responsabilidad de su actuación, si ha optado por proponer un medio asistencial no presencial y se prueba que, como consecuencia de la limitada percepción sensorial del enfermo, no se ha obtenido toda la información o no se han realizado todas las pruebas necesarias y resultan daños para el paciente. Si bien es cierto que el paciente, en base a la información recibida, ha emitido su consentimiento a la utilización de la telemedicina, sin embargo, el paciente confía en el hecho de que el médico considere que el tratamiento a distancia es suficiente y en base a esta confianza no solicita una visita presencial. Además, en este caso, la prueba por parte del facultativo de un comportamiento diligente se presenta más compleja pues, por lo general, se responsabilizará al médico de no haber sopesado correctamente la relación riesgo-beneficio que para el paciente tuvo el medio asistencial no presencial.

En consecuencia, el médico deberá extremar todas las precauciones al decidir si realiza un tratamiento a distancia con un paciente y en el caso de que se presente una duda sobre si dispone de toda la información médica necesaria, derivar al paciente a un examen personal.

48. Ver nuevo código de deontología médica del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos de 2022, puede consultarse en <https://www.cgcom.es> (consultado en fecha 9.12.2023).

4. A modo de conclusión

La telemedicina, en sentido estricto, es la práctica médica a distancia, es decir, al tratamiento y asesoramiento médico remoto con fines diagnósticos y terapéuticos entre el profesional médico y el paciente o en su caso, entre los profesionales que asisten al paciente.

Con relación a la actuación médica en el tratamiento a distancia, la cuestión que se plantea es si está justificada la exigencia de un estándar de diligencia profesional diferente al utilizado en la asistencia y tratamiento médico presencial, dadas las limitaciones de percepción médica que concurren en la telemedicina. En efecto, en la inspección a distancia del enfermo el médico carece de la necesaria percepción olfativa y del tacto que es imprescindible para realizar acciones como la palpación, la auscultación, la percusión o la exploración de reflejos.

Con anterioridad a la implementación de la telemedicina, los tribunales civiles resuelven con extrema severidad aquellos casos en los que el médico opta por un tratamiento remoto y el paciente sufre daños, ya que defienden que: 1º) es obligación del médico formar su propia imagen del sufrimiento del paciente; 2º) el paciente confía en la valoración médica sobre la idoneidad y suficiencia del tratamiento a distancia y en consecuencia, no busca otro asesoramiento, y 3º) el médico sólo puede prescindir del contacto personal con el paciente en casos muy excepcionales.

En la actualidad, la tipificación de la telemedicina en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de nuestro marco europeo y su consecuente implementación, suscitan la cuestión de si la actuación del médico en el tratamiento a distancia puede regirse por el mismo estándar de diligencia profesional que en el tratamiento médico presencial. Parte de la doctrina se posiciona a favor de que el estándar de actuación médica exigible sea el alcanzable en las circunstancias concretas, debiendo existir ciertas gradaciones en función de la situación médica y jurídica. Sin embargo, la posición doctrinal mayoritaria aboga por la aplicación del estándar de diligencia médica profesional general, ya que el tratamiento a distancia no representa un nuevo tipo de tratamiento médico o una nueva especialidad médica que pueda justificar un nuevo estándar de diligencia médica.

El tratamiento a distancia sólo representa un nuevo soporte de realización de la atención médica. Por lo tanto, la equivalencia funcional entre acto médico y acto de telemedicina determina que el estándar de diligencia profesional médico exigido sea el mismo que en cualquier otro acto médico. Y este estándar deberá ser aplicado en el caso de producirse daños en el paciente porque la

percepción abreviada de la anamnesis ha comportado un error en la obtención de pruebas y hallazgos médicos. El facultativo no ha recopilado toda la información necesaria o no ha recogido las pruebas o hallazgos que la situación del paciente requiere. Queda patente así, que el incumplimiento del deber de obtención de pruebas médicas necesarias en la telemedicina queda inevitablemente asociado a la elección por parte del facultativo de un medio asistencial cuya percepción sensorial abreviada le ha impedido tener toda la información que necesita para decidir las pruebas a realizar.

Como consecuencia de la aplicación en telemedicina del estándar de diligencia profesional médico general, el facultativo no podrá en este caos eximir su responsabilidad alegando sus limitadas posibilidades de percepción y pretender ser sólo responsable del daño que realmente hubiera podido evitar en la situación específica de asistencia a distancia. En suma, el médico que decide iniciar un tratamiento exclusivamente a distancia asume la responsabilidad de valorar los riesgos inherentes a la percepción sensorial abreviada y deberá decidir si, a pesar de la pérdida de percepción sensorial, puede garantizar la atención médica diligente general requerida en el tratamiento.

5. Bibliografía

- ABEL LLUCH, X; «La prueba de la responsabilidad de los médicos» en PICO I JUNOY, J/ABEL LLUCH, X/ PELLICER ORTIZ, B; *La prueba de la responsabilidad profesional*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 77-91.
- BERGMANN, K.O; Telemedizine und das neue E-Health Gesetz, *Medizinrecht*, 34, 2016, pp.497-502.
- DE ÁNGEL YAGÜEZ, R; «El resultado» en la obligación del médico ¿Ideas sensatas que pueden volverse locas? *Estudios Deusto*, vol 53, nº2, 2005.
- EHLERS, A.P.F/BROGLIE,M.G., *Arzthaftungsrecht*, C.H.Beck, München,2014.
- FRAHM, W et al; «Medizin und Standard- Verwerfungen und Perspektiven, Ergebnisse einer interdisziplinären Expertengruppe, *MedR* 2018, pp. 447-457.
- GALÁN CORTÉS, J-C.; *Responsabilidad civil Médica*, Thomson Reuters, Navarra, 2016.
- GALÁN CORTES, J.C; *Responsabilidad civil médica*, Thomson Reuters, Navarra, 2022.
- GALÁN CORTES, J.C.; «La responsabilidad civil y penal del médico anestesista», La Ley, 1995-1, p.1055 y ss.
- GARCÍA BLAZQUEZ, M/CASTILLO CALVÍN, J.M; *Manual práctico de responsabilidad de la profesión médica*, Comares, Granada, 2011.
- HART, D; «Ärztliche Leitlinien – Definitionen, Funktionen, rechtliche Bewertungen - Gleichzeitig ein Beitrag zum medizinischen und rechtlichen Standardbegriff» | *MedR* 1998, s. 8-15.

- HERKENRATH, A; *Ärztliche Fernbehandlung*, Mohr Siebeck; Tübingen, 2022.
- KATZENMEIER, C; «X. Arztfehler und Haftpflicht» en LAUFS/KATZENMEIER/LIPP, Arztrecht, C.H. Becks; München, 2021, Rn 18.
- LEUPOLD/WIESNER en LEUPOLD/WIEBE/GLOSSNER, *IT-Recht*, CH Beck; München; 2021.
- HERKENRATH, A; «Ärztliche...», ob.cit. p. 216., STELLAMOR, K/ STEINER, J.W; Handbuch des österreichischen Arztrechts; Manzsche Verlags, Wien, 1999, p.77.
- KATZENMEIER, C; «Haftungsrechtliche Grenzen ärztlicher Fernbehandlung», *NJW* 2019, pp.1769-1773.
- KATZENMEIER, C; «§ 630h Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler», en HAU/POSECK, CH Beck, Online-Kommentare,, 65. Edition, 2023, Rn.90.
- KULLMANN, H.J; «Übereinstimmungen und Unterschiede im medizinischen, haftungsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Begriff des medizinischen Standards», *VersR* 1997, pp.529-532.
- LAUFS, A; en LAUFS/KERN, *Handbuch des Arztrechts*, C.H.Beck, München, 2019, § 3 Rn. 17.
- LLAMAS POMBO, E; «Comentario a la sentencia de 25 de abril de 1994» en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 36, 1994.
- MARTÍN CASALS, M/SOLÉ FELIÚ, J; «Responsabilidad civil por anticoncepción fallida (wrongful conception)», *Diario La Ley*, núm 2, 2001.
- PFLÜGER, F; «Haftungsfragen der Telemedizin», *Schriftenreihe der Zeitschrift Versicherungsrecht* (en adelante *VersR*) 1999, pp.1070-1075.
- RODRÍGUEZ MARÍN, C; «Medicina Satisfactiva» en ORTI VALLEJO, A (Dir)/GARCÍA GARNICA, M³C (Coord), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- SEIJAS QUINTANA, J.A., «Responsabilidad civil médico sanitaria: ejercicio y condicionamientos», *Actualidad civil*, núm. 16, 17-23 abril de 1995, pp. 301-315.
- SEIJAS QUINTANA; J.A; «El encuadramiento actual de la responsabilidad sanitaria» en LIZARRAGA BONELLI, E; *Ley 41/2002 de Autonomía del paciente en su XX aniversario*, Aranzadi, Navarra, 2022, pp. 134-137.
- SOLÉ FELIU, J; «Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios» en *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 3 (julio-septiembre, 2022), pp. 1-52.
- SPICKHOFF, G; «BGB § 839 Haftung bei Amtspflichtverletzung», *Medizinrecht*, CH Becks, München, 2022, Rn. 8-29.
- SPICKHOFF, A; «Telemedizin und persönlicher Kontakt», *Medizinrecht*, C.H. Beck. 2022, Rn. 26,
- STEFFEN, E; «*Einfluß verminderter Ressourcen von Finanzierungsgrenzen aus dem Gesundheitsstrukturgesetz auf die Arzthaftung*», *MedR* 1995.
- TAUPITZ, J «Rechtliche Bindungen des Arztes: Erscheinungsweisen, Funktionen, Sanktionen», *Neue Juristische Wochenschrift NJW* 1986, 2851.

VICANI MARTÍNEZ, A, *El error médico en la cirugía estética*, Dykinson, Madrid, 2017.

VRBA, K/UNGER,K; «Haftung der Ärzte, Krankenanstalten und Heime», *Schadenersatz in der Praxis*, LexisNexis, Österreich, November 2022.