

InDret

FALSOS POSITIVOS

**LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DIAGNÓSTICO
ERRÓNEO DE ENFERMEDADES**

Joan Carles Seuba Torreblanca
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Sonia Ramos González
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Álvaro Luna Yerga
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, julio 2002
www.indret.com

Sumario

1. Delimitación del estudio
2. Error de diagnóstico: causas y legitimados pasivos
 - 2.1. Funcionamiento anormal de los servicios administrativos
 - 2.2. Métodos de detección
 - 2.3. Interpretación incorrecta de los resultados del test
3. El diagnóstico
4. El daño indemnizable
 - 4.1. Evidencia empírica
 - 4.2. Gravedad del daño
 - 4.3. Imputación jurídica
5. Bibliografía
6. Tabla de sentencias citadas

1. Delimitación del estudio

El objeto de este trabajo es el estudio de la responsabilidad civil derivada de los daños originados por el diagnóstico erróneo de una enfermedad que el paciente realmente no padece. El caso paradigmático es el error de diagnóstico del SIDA, al que la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas han prestado especial atención, si bien el diagnóstico erróneo de otras enfermedades, como la hepatitis o la sífilis, también ha llegado a conocimiento de los Tribunales. En España, los casos de diagnóstico erróneo de este tipo de enfermedades son infrecuentes en la jurisprudencia, pero no por ello desconocidos: en concreto, hemos accedido a siete decisiones judiciales en la materia, de las cuales sólo una fue dictada por el Tribunal Supremo. Por otro lado, la doctrina no se ha ocupado de este supuesto de responsabilidad.

En las páginas que siguen no se estudian, en cambio, el error de diagnóstico cometido por el facultativo en el transcurso de la asistencia sanitaria que le llevará a aplicar un tratamiento equivocado, ni tampoco las posibles pretensiones indemnizatorias por miedo a contraer el SIDA tras haber estado expuesto a una de las posibles vías de contagio, conocido en la doctrina americana como *recovery for emotional distress based on fear of contracting HIV or AIDS*.

2. Error de diagnóstico: causas y legitimados pasivos

Los distintos supuestos de error de diagnóstico pueden clasificarse en tres grupos o constelaciones de casos en función de la causa del error: aquéllos en los que el error es debido al mal funcionamiento del centro sanitario donde es atendido el paciente; aquellos otros en los que el error es debido al mal funcionamiento del test o de los métodos de detección; y, finalmente, los que derivan de una errónea lectura o interpretación del resultado del test. Importa distinguir las diferentes causas porque en cada uno de los casos variará la legislación aplicable y el legitimado pasivo.

2.1. Funcionamiento anormal de la gestión hospitalaria

El diagnóstico erróneo de una enfermedad puede deberse a diferentes situaciones cuyo denominador común es el funcionamiento anormal de la gestión hospitalaria del centro, como, por ejemplo, confundir los historiales clínicos de los pacientes, de forma que se comunican los resultados positivos del test de una persona a otra que no está contagiada, o confundir las muestras de análisis.

En la STSJ La Rioja, Contenciosa administrativa, 9.10.99, los análisis de sangre realizados en mayo de 1990 a la actora para saber si era portadora del VIH habían resultado negativos y le fueron comunicados de forma verbal. Sin embargo, por un error burocrático, se consideró que los resultados habían sido positivos, y por ello estuvo bajo supervisión médica, sin ningún tipo de tratamiento, hasta marzo de 1996, momento en el que fue advertido el error. La actora solicitó una indemnización de doce

millones de pesetas (72.121,45 €) por el daño moral derivado de la creencia errónea durante casi seis años de ser portadora del VIH. El Tribunal estimó el recurso contra la desestimación presunta de la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja y condenó a la Administración autonómica, con base en el art. 139 L 30/1992, a pagar un millón de pesetas (6.010,12 €) de indemnización. El Tribunal fijó esta cuantía tras valorar las siguientes circunstancias: la angustia de la actora de saberse portadora del VIH y la duración de ese estado, su situación familiar (tres hijos menores de edad y marido portador del VIH), así como la falta de pruebas que acreditaran daños a la salud, física o psíquica, con excepción de un ataque de ansiedad acontecido en febrero de 1995.

En estos casos, el centro sanitario responde por el funcionamiento anormal de sus unidades administrativas con base en la legislación que corresponda en función de su naturaleza: arts. 139 ss L 30/1992, si se trata de un ente público, o art. 1902 CC y art. 28.2 LGDCU, si se trata de uno privado. Así, la imputación de responsabilidad al centro por los actos de sus dependientes mejora la posición de la víctima que pretende la reparación del daño, en tanto que no tiene que identificar al concreto sujeto que ha cometido el error causante del daño (al respecto, véanse Pablo SALVADOR *et al.*, *Respondeat Superior I y II*, InDret 2/2002 y 3/2002).

2.2. Métodos de detección

El error se puede deber al mal funcionamiento del test o a la incorrecta práctica de los métodos de detección de la enfermedad. De nuevo, las posibles causas son heterogéneas, por lo que la legislación aplicable también lo es. En concreto, el uso de un test de detección defectuoso, la realización incorrecta del test (al no seguirse el proceso correcto de análisis o al no procederse a la confirmación de los resultados) o el diagnóstico realizado por el médico apartándose de la *lex artis* pueden provocar el error.

En el primero de los supuestos mencionados, el sujeto responsable es el fabricante del test defectuoso, en los términos establecidos por la L 22/1994; en el segundo y tercer supuestos, debemos distinguir nuevamente entre la naturaleza pública o privada del centro sanitario. Así, en el caso de los centros públicos, la víctima deberá dirigir la acción contra la Administración, quien, si ha sido condenada, deberá repetir contra la persona a su servicio que, incorrectamente, haya realizado el test o haya diagnosticado la enfermedad, siempre que concurra “dolo, o culpa o negligencia graves” (art. 145.2.2º L 30/1992, según redacción L 4/1999). En cambio, si se trata de un centro privado, la responsabilidad recae sobre el profesional que negligentemente realizó el test o diagnosticó la enfermedad (art. 1902 CC) y, en su caso, sobre el centro sanitario (arts. 1902 y 1903 CC y art. 28 LGDCU).

2.3. Interpretación incorrecta de los resultados del test

Finalmente, el diagnóstico equivocado puede deberse a una lectura o interpretación incorrectas de los resultados del test por parte del facultativo. En este caso, no se discute la diligencia en la diagnosis, ya sea mediante tests o otros métodos de detección, sino la

interpretación de los resultados del test por parte del facultativo. Aquí el sujeto responsable parece ser exclusivamente la persona que ha interpretado erróneamente los resultados de un diagnóstico correcto y la cuestión relativa a la legislación aplicable se resuelve de la misma forma que en los casos segundo y tercero del apartado anterior.

3. El diagnóstico

La comunicación del diagnóstico compete al profesional sanitario, cuya actividad, examinada bajo parámetros de diligencia, consiste en realizarla cuando exista un diagnóstico definitivo y en informar al paciente sobre la fiabilidad del test.

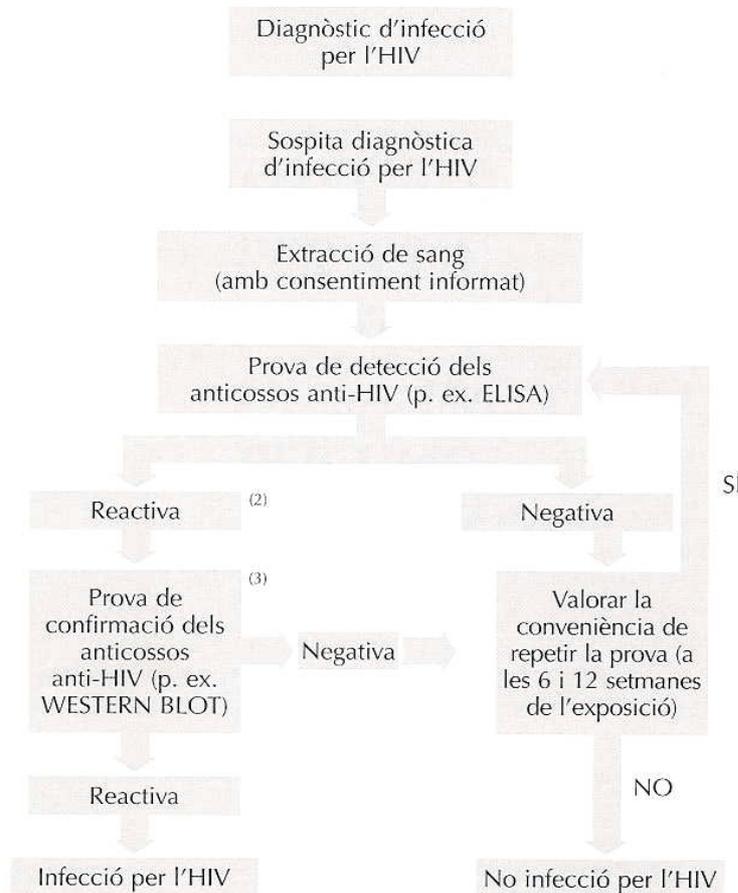
No todos los casos de error de diagnóstico dan derecho a indemnización. Dado que tanto las personas como los tests son falibles, en algunos casos la ley y en otros la *lex artis* del profesional sanitario exigen la comprobación de los resultados positivos del test (lo que denominaremos “diagnóstico definitivo”).

Así, el art. 9 Real Decreto 1854/1993, del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 22 de octubre, *por el que se determina con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre*, dispone que “[e]n el caso de detectarse alguna anomalía en los estudios analíticos realizados, deberá ser **comprobada en una nueva muestra**, notificándose al donante la anomalía observada para que la ponga en conocimiento de su médico si se estima oportuno”.

El siguiente gráfico muestra el protocolo de la Generalitat de Catalunya en 1998 para el diagnóstico de infección por VIH.

Algoritme per al diagnòstic de la infecció per l'HIV⁽¹⁾

Proves serològiques per al diagnòstic de la infecció per l'HIV



- (1) Aquesta pauta no és aplicable a menors de 18 anys d'edat amb sospita de transmissió vertical.
- (2) S'ha de fer la prova per duplicat, per evitar la possibilitat d'un error de laboratori.
- (3) Test de Western Blot indeterminat: cal fer altres proves, tipus anàlisi immunoenzimàtica lineal (LIA), antigenèmia o reacció en cadena de la polimerasa (PCR).

Fuente: Generalitat de Catalunya. Departament de Sanitat i Seguretat Social, *La infecció pel virus de la immunodeficiència humana (HIV) en el medi sanitari*, 2a ed., Barcelona, maig. 1998.

Este diagnóstico puede conseguirse de diferentes formas en función de la fiabilidad del test disponible, de acuerdo con el estado de la ciencia y de la técnica, para detectar una determinada enfermedad: así, repitiendo los análisis, utilizando un diferente test o método de detección o analizando una nueva muestra de sangre del paciente.

El art. 8.3.e) Real Decreto 1854/1993, del Ministerio de Sanidad y Consumo, de 22 de octubre, *por el que se determina con carácter general los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre*, establece que “[l]as técnicas utilizadas en [las] pruebas [de detección de agentes infecciosos, sífilis, VHB, VHC, VIH] deberán tener, **en cada momento**, un nivel óptimo de

sensibilidad y especificidad, y los reactivos empleados en ellas cumplirán la normativa sanitaria nacional”.

Y en virtud de esta amplia remisión, dependiente del estado de la ciencia, la Orden de 2 de julio de 1999, del Ministerio de Sanidad y Consumo, *por la que se actualizan las condiciones de exclusión de los donantes de sangre y se establecen los criterios de interpretación de las pruebas para la detección de agentes infecciosos en las donaciones de sangre* exigía para confirmar el resultado positivo del test la obtención de una segunda muestra de sangre del donante (Anexo I.2.5.2.c), mientras que la Orden 1647/2002, de 19 de junio, del Ministerio de Sanidad y Consumo, *por la que se establece la utilización de pruebas de detección genómica del virus de la hepatitis C (VHC) en las donaciones de sangre* exige que éstas deberán ser sometidas a pruebas de detección del VHC por técnicas de amplificación genómica (apartado Primero), siendo suficiente un único resultado positivo para excluir la sangre donada (apartado Cuarto).

Por otro lado, la *lex artis* del profesional sanitario incluye el deber de información sobre el margen de error del test realizado y la obligación de preguntar al paciente si pertenece a alguno de los grupos de riesgo o ha practicado recientemente algunas de las actividades de riesgo de contagio de una enfermedad (por ejemplo, prácticas sexuales sin métodos de protección, drogadicción, *piercings*, tatuajes o transfusiones). Con esta última pregunta el profesional se cerciora de que el diagnóstico no se efectúa en el período ventana, es decir, en aquel momento comprendido entre la inoculación del virus y la manifestación de la infección del paciente. Todo ello está estrechamente relacionado con los avances que se producen en la ciencia médica y, en particular, en la mejora de los tests de detección.

Por lo expuesto, podemos afirmar que la diligencia del profesional sanitario queda satisfecha cuando comunica al paciente los resultados positivos del primer test con la advertencia de que éstos son provisionales y posteriormente comunica los resultados negativos y definitivos del segundo, siempre que no haya habido una dilación injustificada entre uno y otro.

Así, en el caso dictaminado por el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (Dictamen 272/99), el reclamante había donado sangre el 18 de julio de 1997 que, al ser analizada mediante el test «Elisa» para comprobar la presencia de anticuerpos, dio el resultado de presencia del VIH. El 30 de julio se realizó una entrevista con el donante y su esposa en la que se les informó de los resultados de las pruebas y de que éstas estaban pendientes de confirmación mediante el análisis con el test «Western Blot». Además, se les recomendaron algunas medidas profilácticas preventivas y la conveniencia de proceder a una nueva extracción de sangre, a lo que se negó el interesado. El 4 de agosto se comunicó telefónicamente al donante que el análisis de confirmación había resultado negativo. Marido y mujer reclamaron a la Administración sanitaria catalana cinco millones de pesetas (30.050,61 €) por la noticia de un falso contagio y por la angustia sufrida durante los cinco días transcurridos hasta la comunicación de los resultados negativos y definitivos. El Consell Consultiu informó negativamente: no hubo diagnóstico porque la primera noticia de un posible contagio del VIH se realizó de forma preventiva y cautelar y se advirtió de que estaba pendiente la confirmación de los análisis.

Cualquier actividad del profesional sanitario diferente a la descrita anteriormente debe reputarse como negligente.

El caso resuelto por la SAP Baleares, Penal, 28.9.2000 ilustra lo anterior, si bien la negligencia del facultativo fue examinada desde una perspectiva penal, que no civil, lo que justifica el sentido del fallo. En el caso, la actora había sido diagnosticada erróneamente como seropositiva al VIH mediante el test "Elisa" sin que fuera advertida del carácter provisional de los resultados. Una segunda analítica realizada mediante la técnica confirmatoria "Western Blot" indicó que los primeros resultados eran falsos positivos, aunque éstos fueron comunicados nueve meses después. La Audiencia Provincial centró el caso en el deber de información que pesaba sobre los facultativos que diagnosticaron a la actora, sin prejuzgar la dimensión que el incumplimiento de dicho deber pudiera merecer en la órbita civil. No obstante, la Audiencia Provincial declaró que «por lo común, los supuestos de error de diagnóstico resultan atípicos» y procedió a absolver a los imputados.

4. El daño indemnizable

La concreción del daño indemnizable es uno de los aspectos más problemáticos de los casos de responsabilidad por error de diagnóstico. Los daños que el paciente diagnosticado erróneamente de una enfermedad puede sufrir son de dos tipos:

- a) Daño patrimonial, que se concreta en el daño emergente y el lucro cesante derivado del error de diagnóstico, como, por ejemplo, gastos sanitarios
- b) Daño no patrimonial, que puede consistir en afecciones somáticas derivadas bien de las manifestaciones de la angustia (por ejemplo, depresiones, pérdidas de peso, lesiones producidas por un intento de suicidio), o bien de los efectos secundarios o adversos provocados por un tratamiento médico innecesario.

Ahora bien, existe una clara línea de tendencia en la jurisprudencia española y, al tiempo, una muy similar que despunta en algunas jurisdicciones de los Estados de los Estados Unidos, que permite la indemnización de la mera angustia derivada de saberse afectado por un agente infeccioso en concepto de «daño moral».

No todos los daños descritos serán siempre objeto de reparación. La jurisprudencia sobre error de diagnóstico de enfermedades presenta especialidades en lo relativo al daño moral, de tal forma que exige para obtener su reparación tres grandes requisitos: por un lado, la evidencia empírica del daño alegado; por otro, la gravedad de dicho daño; y, finalmente, la relación causal entre el perjuicio y el error, delimitación que se realiza a partir de los criterios de imputación objetiva.

4.1. Evidencia empírica

El mero error de diagnóstico de una enfermedad (piénsese, especialmente, en el caso del SIDA) parece tener entidad suficiente para sostener la existencia de un daño moral, cuanto menos en la práctica judicial española.

Así, en el caso resuelto por la SAP Barcelona 15.11.2001, al actor se le había comunicado el 9.2.1996 que las pruebas de detección del SIDA a las que se había sometido, realizadas mediante el método "Western Blot", cuya fiabilidad es del 100%, habían dado positivo. El 23.2.1996 el actor conoció el resultado negativo de las nuevas pruebas de detección del SIDA a las que se había sometido en otro laboratorio. La AP confirmó la sentencia estimatoria del JPI nº 2 de Sant Boi de Llobregat y concedió una indemnización de 250.000 ptas. (1.502,53 €) en concepto de daño moral: «no cabe negar la inquietud y el impacto emocional que dicho resultado [falso positivo] pudo producir en el actor (...). Se indemniza, en definitiva, el daño moral causado entre el 9 y el 23 de febrero de 1996» (FJ. 5º).

Ahora bien, en el único caso decidido por el Tribunal Supremo español, STS 28.12.1998, el mero error de diagnóstico no fue suficiente para sostener la existencia del daño moral, atendidas las especiales circunstancias del caso. Así, el Tribunal Supremo negó la pretensión indemnizatoria de 50.000.000 ptas. (300.506,05 €) solicitada por un toxicómano, que había estado ingresado en diversos centros psiquiátricos, que había sido diagnosticado erróneamente como portador del VIH en septiembre de 1987. Según el Tribunal Supremo, no se acreditaron los daños a los que se hacía referencia bajo la expresión «terrible daño psíquico». Sin duda, influyó en este pronunciamiento el hecho de que el actor sufría trastornos diversos a debidos a su historial de drogadicción (FJ. 3º).

Este tratamiento difiere del realizado por algunos Tribunales y autorizada doctrina norteamericana, quienes exigen para la reparación del daño moral que la víctima acredite que el estado de angustia derivado de un diagnóstico erróneo tenga una manifestación física. Dicha manifestación puede adoptar diferentes formas: desde daños corporales, como los derivados del tratamiento innecesario de la enfermedad o los que deriven del estado de angustia (neurosis, psicosis, depresión, fobias, insomnio,...) hasta alteraciones del comportamiento (cambios de hábitos de vida, irascibilidad, indiferencia,...).

En este sentido, merecen ser destacadas las siguientes sentencias:

En *M.M.H. v. U.S.* (Wisconsin, 1992) la actora, miembro de las fuerzas armadas estadounidenses, fue diagnosticada erróneamente como portadora del VIH, lo que le produjo un gran desequilibrio emocional que la indujo por dos veces a intentar suicidarse. La *Supreme Court* de Wisconsin decidió que el intento de suicidio, junto con las diferentes alteraciones psicósomáticas que padeció, eran consecuencia del falso positivo y constituían claramente una manifestación física que permitía acreditar la existencia del daño moral alegado por la actora.

En *R.J. v. Humana of Florida, Inc.* (Florida, 1995) el actor fue diagnosticado erróneamente como portador del VIH, por lo que fue sometido a tratamiento con retrovirales por espacio de 19 meses, tras los cuales fue informado de los resultados de unas nuevas pruebas de detección del SIDA a las que fue sometido, que dieron resultados negativos. La *Supreme Court* consideró que el sometimiento a un tratamiento médico invasivo es susceptible de generar daños físicos y, por lo tanto, de considerar acreditada la concurrencia de daño moral: «*Negligent misdiagnosis of patient's positive status for human immunodeficiency virus (HIV) could result in unnecessary and harmful treatment causing bodily injury that would satisfy requirements of physical impact under impact rule for recovery of emotional distress damages; although touching of patient by doctor and taking of blood for ordinary testing would not qualify as physical impact, other more invasive medical treatment or prescribing of drugs with toxic or adverse side effects would so qualify*».

En *Hunt v. Mercy Medical Center* (Maryland, 1998) al actor, de 78 años de edad, le fue practicada una biopsia de próstata en el hospital demandado el 9.3.1995. El 15.3.1995 se le informó de que padecía cáncer de próstata y de que era necesario someterle a tratamiento de radioterapia. Tras quince sesiones de radioterapia, el 8.5.1995 se le comunicó que el diagnóstico inicial era erróneo. Como en el caso anterior, el Tribunal de Apelaciones de Baltimore afirmó que en el caso concurrían específicas manifestaciones del daño moral alegado por el actor, en concreto, cansancio continuado, insomnio, irritabilidad, cambios de humor y estrés y, por tanto, «*his emotional distress comes within the physical injury rule and is compensable*».

Los actores, por el contrario, no lograron demostrar manifestaciones físicas derivadas del daño moral causado por un falso positivo tanto en *Ibrahim v. Metrohealth Systems* (N.D. Ohio, 1993): «*plaintiff's final blood tests showed that she did not have the HIV. So physical peril was not present. Therefore, plaintiff has not stated a cause of action for negligent infliction of emotional distress*»), como en *Heiner v. Moretuzzo* (Ohio, 1995): «*the claimed negligent diagnosis never placed appellant or any other person in real physical peril*»).

Por lo que respecta a la doctrina, el Restatement (Second) of Torts s 436A estableció de forma bien clara en 1965 que el mero daño moral, esto es, no acompañado de daño corporal o material, causado de forma negligente, que no intencionada, no era indemnizable. Así:

NEGLIGENCE RESULTING IN EMOTIONAL DISTURBANCE ALONE

"If the actor's conduct is negligent as creating an unreasonable risk of causing either bodily harm or emotional disturbance to another, and it results in such emotional disturbance alone, without bodily harm or other compensable damage, the actor is not liable for such emotional disturbance".

Éste es, además, el criterio seguido por la doctrina clásica en materia de daños. Así, podemos leer en *Prosser and Keeton on Torts*, 5th ed., § 54, pág. 361: "Where the defendant's negligence causes only mental disturbance, without accompanying physical injury, illness or other physical consequences, and in the absence of some other independent basis for tort liability, the great majority of courts still hold that in the ordinary case there can be no recovery".

No obstante, la jurisprudencia de los Estados, ha establecido excepciones a la regla transcrita cuando el daño moral es grave y ha sido causado de forma dolosa o gravemente imprudente por una conducta que puede definirse como especialmente reprochable.

Y la reparación del daño moral sin necesidad de probar daños físicos cuando de errores de diagnóstico negligentes se trata intenta hacerse un lugar en la jurisprudencia americana, aunque con éxito relativo:

En *Chizmar v. Mackie* (Alaska, 1995), a la actora, casada y con un hijo, se le había informado de que el test de detección del SIDA al que se había sometido había resultado positivo, cuando en realidad no lo era, como se comprobó posteriormente. En primera instancia el Tribunal desestimó la pretensión de la actora porque no demostró que concurriera un daño físico que permitiera deducir la presencia de un daño moral. El Tribunal de Apelaciones, por el contrario, rechazó que debiera exigirse a la actora la prueba de sufrir un daño físico, pero concluyó que sólo era posible obtener indemnización por daño moral en caso de que este fuera «severe o serious». La *Supreme Court* de Alaska revocó la decisión en lo referido a la exigencia de acreditar aquellos daños físicos: «*We reserve the superior court's holding that physical injury is required to support recovery for negligent infliction of emotional distress*»

En *R.J. v. Humana of Florida, Inc.*, comentada arriba, el Magistrado KOGAN, J. emitió un voto concurrente en que se mostró a favor de admitir la indemnización por daños morales prescindiendo del requisito del impacto físico exigido por la «*impact rule*».

Parecidamente, en *Heiner v. Moretuzzo* la Magistrada Alice Robie RESNICK prescindió también en su voto particular del requisito del «*real danger*», al considerar que los elementos de la responsabilidad civil por sí solos son suficientes para enjuiciar los casos de daños derivados de diagnósticos erróneos de enfermedades.

4.2. Gravedad del daño

La jurisprudencia, tanto española como americana, exige que el daño moral sea grave para que sea indemnizado. La gravedad viene determinada por diferentes factores que deberían ser valorados por el Tribunal de forma casuística: desde el tipo de enfermedad erróneamente diagnosticada (no es lo mismo errar en el diagnóstico de una amigdalitis que en el de cáncer de próstata), hasta la duración del estado de error que ha sufrido la víctima (parece claro que no merece el mismo tratamiento quien ha estado erróneamente diagnosticado del SIDA durante cinco días de aquél que lo ha estado durante cinco meses).

En el caso resuelto por la SAP Barcelona 15.11.2001, ya comentada, se concedió una indemnización de 250.000 ptas. (1.502,53 €) por los 14 días que mediaron entre el falso positivo y el diagnóstico correcto.

Por su parte, el TSJ La Rioja, en sentencia de 9.10.1999, ya comentada, concedió una indemnización de 1.000.000 ptas. (6.010,12 €) pese a que transcurrieron casi 5 años hasta que la actora descubrió que no estaba infectada de VIH.

En el caso resuelto por la SAP Granada 9.2.2000, por su parte, el sometimiento del paciente a tratamiento médico con retrovirales (AZT) durante cuatro años fue, sin duda, un elemento determinante para fijar la indemnización en 20.000.000 ptas. (120.202,42 €).

Por último, la SAP Barcelona 16.1.2001 indemnizó con 614.800 ptas. (3.695,02 €) al actor, al que se le diagnosticó erróneamente una hepatitis B durante 7 meses.

La diversidad de las cuantías concedidas, propia del tipo de daño que se indemniza (al respecto, *vid.* Fernando GÓMEZ, *Daño moral*, 1/2000) no permite realizar un previsión sobre eventuales futuras condenas.

Finalmente, parece claro que el daño moral derivado del error de diagnóstico finaliza cuando el paciente es informado del falso positivo. Y en este sentido, en *Kerins v. Hartley* (California, 1993) el Tribunal estableció que el periodo razonable de ansiedad finalizaba después de que el demandante hubiera tenido la suficiente oportunidad para determinar con certeza médica razonable que él o ella no había estado expuesto o no había sido infectado por el VIH. Adviértase que dicha limitación temporal hace referencia a los daños morales, pues pueden ser objeto de reparación los daños corporales que persistan en dicho momento y que, acreditados, estén causalmente relacionados con el error.

4.3. Imputación jurídica

Los criterios de imputación permiten restringir los daños susceptibles de reparación, pues no todos ellos serán atribuibles al error de diagnóstico. Así, son fácilmente imputables al error de diagnóstico los daños patrimoniales y corporales. No lo es tanto, por el contrario, hacer lo propio con la totalidad de los daños morales que el actor alegue haber sufrido a causa del error de diagnóstico: si bien parece evidente que el estado de angustia originado por la comunicación de un falso positivo debe ser indemnizado, ¿debe serlo también la crisis de pareja por razón de un diagnóstico erróneo de una enfermedad de transmisión sexual como la sífilis?

En *Brown v. Philadelphia College of Osteopathic Medicine* (Pennsylvania, 2000), los actores, marido y mujer, demandaron al hospital que diagnóstico erróneamente que su hijo recién nacido padecía sífilis congénita y alegaron que el error de diagnóstico había sido la causa adecuada (*proximate causation*) de los siguientes daños: ruptura del matrimonio, daños corporales sufridos por la esposa a consecuencia de los malos tratos a que fue sometida por el marido y la pérdida del puesto de agente de policía de la esposa después de que hubiera disparado a su marido durante una disputa. El Tribunal de Apelaciones de Pennsylvania estimó que la causa adecuada de los daños alegados por los actores no había sido el diagnóstico erróneo sino la confesión del marido de haber mantenido relaciones extramatrimoniales. Conviene destacar que, si bien el Tribunal niega la relación de causalidad, lo cierto es que la confesión se produjo poco tiempo después de que los actores fueran informados de que su hijo padecía sífilis.

En *Donald Fisher et al. v. American Red Cross Blood Services et al.* (Ohio, 2000), se denegó la pretensión indemnizatoria de los daños emocionales sufridos por el actor al ser diagnosticado de sífilis con motivo del análisis de una donación de sangre. La demandada había comunicado al actor que los resultados del análisis de sangre habían resultado positivos para la sífilis, y se indicaba que esta enfermedad tenía un contagio sexual. También se decía en el comunicado que los tests de confirmación habían resultado positivos. Análisis posteriores a los que se sometió el actor en otros centros dieron resultados negativos. El actor reclamaba por el daño emocional sufrido porque el diagnóstico erróneo de la sífilis había provocado en su esposa la duda sobre su fidelidad, motivo por el cual, a su vez, la relación matrimonial se había deteriorado. El Tribunal desestimó el recurso de los actores al considerar que no concurrían los requisitos de la *action for intentional infliction of emotional distress*, establecidos en *Retterer v. Whirlpool Corp.* (Ohio, 1996), a saber:

- que el agente causara intencionalmente el daño emocional o conociera o hubiera debido conocer que sus actos provocarían tal daño al demandante;
- que la conducta del actor deba ser considerada intolerable en la comunidad;
- que la conducta del actor sea la causa directa del daño psíquico del demandante; y
- que el daño sufrido por el demandante sea grave y de tal naturaleza que no se puede esperar que ninguna persona razonable lo supere.

En el caso se consideró que la Cruz Roja no actuó de forma dolosa, sino que cumplió con las exigencias de la FDA de comunicar los resultados positivos al donante.

Los problemas de imputación objetiva no acaban ahí. Así, se plantea la duda de si cabe apreciar relación de causalidad entre un falso positivo de VIH comunicado a una mujer

embarazada que, al conocer la noticia, decide interrumpir el embarazo, y la pérdida del feto.

En el caso resuelto por la STSJ Navarra 27.7.2000 la actora estaba embarazada cuando fue diagnosticada como portadora del VIH, motivo por el cual decidió abortar. Poco después conoció que el primer resultado había sido un falso positivo y reclamó al Servicio Navarro de Salud y a su aseguradora una indemnización por los daños morales derivados de la pérdida del feto. El TSJ estimó parcialmente el recurso contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-administrativo y concedió una indemnización de 24.000.000 ptas. (144.242,91 €) por el daño moral derivado de la pérdida del feto. El TSJ apreció la existencia de relación de causalidad:

«[L]a sucesión objetiva de los hechos no permite abrigar ninguna duda de que el diagnóstico equivocado sobre determinación del VIH fue la causa generatriz del aborto, de suerte que sin su concurrencia este resultado no se hubiera producido» (FJ. 1º).

5. Bibliografía

Restatement (Second) of Torts, American Law Institute, 1965.

Pablo SALVADOR CODERCH *et al.*, *Respondeat Superior I y II*, InDret 2/2002 y 3/2002.

Fernando GÓMEZ POMAR, *Daño Moral*, InDret 1/2000.

Kimberly C. SIMMONS, “*Recovery for Emotional Distress Based on Fear of Contracting HIV or AIDS*”, 59 A.L.R.5th 535

GENERALITAT DE CATALUNYA. DEPARTAMENT DE SANITAT I SEGURETAT SOCIAL, *La infecció pel virus de la immunodeficiència humana (HIV) en el medi sanitari*, 2^a ed., Barcelona, mayo de 1998.

6. Tabla de sentencias citadas

Tribunal Supremo

Sala y fecha	Ar.	Magistrado ponente	Partes
1ª, 28.12.1998	10155	Luis Martínez-Calcerrada y José Ignacio A. I. c. Osakidetza y otros Gómez	

Tribunales Superiores de Justicia

Sala y fecha y Tribunal	Ar.	Magistrado ponente	Partes
3ª, 27.7.2000, Navarra	RJCA 2398	Juan Alberto Fernández Fernández	Yisca M. D. y Jesús Ángel A. F. c. Servicio Navarro de Salud
3ª, 9.10.1999, La Rioja	RJCA 3853	José Luis Díaz Roldán	Manuela A. J. c. Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja

Audiencias Provinciales

Sala, fecha y Audiencia	Ar.	Magistrado ponente	Partes
Civil, 15.11.2001, Barcelona	JUR 2002\20787	María del Carmen Vidal Martínez	Luis s. P. c. "Microhemo, S.A." y Roser G. S.
Civil, 16.1.2001, Madrid	JUR 88840	José Manuel Robledano	Pablo V. M. c. "Investigaciones Clínicas, S.L." y Mercedes T. G.
Penal, 28.9.2000, Baleares	ARP 3018	Diego Jesús Gómez-Reino Delgado	Dolores S. C. y Ministerio Fiscal c. INSALUD y otros
Civil, 9.2.2000, Granada	AC 168	Juan Francisco Ruiz-Rico Ruiz	José A. L. M. c. Servicio Andaluz de Salud, Diputación Provincial de Granada y otros

Sentencias de los Estados Unidos de América

Caso	Año	Referencia
<i>Brown v. Philadelphia College of Osteopathic Medicine</i>	2000	760 A.2d 863, 2000 PA Super 262
<i>Donald Fisher et al. v. American Red Cross Blood Services et al.</i>	2000	745 N.E.2d 462, 139 Ohio App.3d 658, 2000-Ohio-1923
<i>Retterer v. Whirlpool Corp.</i>	1996	111 Ohio App.3d 847
<i>Hunt v. Mercy Medical Center</i>	1998	710 A.2d 362, 121 Md.App. 516
<i>R.J. v. Humana of Florida, Inc.</i>	1995	652 So.2d 360, 63 USLW 2592, 20 Fla. L. Weekly S103
<i>Chizmar v. Mackie</i>	1995	896 P.2d 196
<i>Heiner v. Moretuzzo</i>	1995	652 N.E.2d 644, 73 Ohio St.3d 80, 64 USWL 2145, 1995-Ohio-65

<i>Ibrahim v. Metrohealth Systems</i>	1993	1993 WL 765594
<i>Kerins v. Hartley</i>	1993	Cal.App.4 th , 21 Cal.Rptr.2d 621, 632 (Cal.App.1993)
<i>M.M.H. v. U.S.</i>	1992	966 F.2D 285 (7 th Cir.1992)
