

InDret

FALSOS POSITIUS

**LA RESPONSABILITAT CIVIL DERIVADA DEL DIAGNÒSTIC
ERRONI DE MALALTIES**

Joan Carles Seuba Torreblanca
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Sonia Ramos González
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Álvaro Luna Yerga
Facultat de Dret
Universitat Pompeu Fabra

Barcelona, juliol 2002
www.indret.com

Sumari

1. Delimitació de l'estudi
2. Error de diagnòstic: causes i legitims passius
 - 2.1. Funcionament anormal de la gestió hospitalària
 - 2.2. Mètodes de detecció
 - 2.3. Interpretació incorrecta dels resultats del test
3. El diagnòstic
4. El dany indemnizable
 - 4.1. Evidència empírica
 - 4.2. Gravetat del dany
 - 4.3. Imputació jurídica
5. Bibliografia
6. Relació de sentències citades

1. Delimitació de l'estudi

L'objecte d'aquest treball és l'estudi de la responsabilitat civil derivada dels danys produïts pel diagnòstic erroni d'una malaltia que el pacient veritablement no pateix. El cas paradigmàtic és l'error de diagnòstic de la SIDA, al qual la jurisprudència i doctrina nord-americanes han parat especial atenció, si bé el diagnòstic erroni d'altres malalties, com l'hepatitis o la sífilis, també han arribat a coneixement dels Tribunals. A l'Estat espanyol, els casos de diagnòstic erroni d'aquest tipus de malalties son infreqüents en la jurisprudència, però no per això desconeguts: en concret, hem accedit a set decisions judicials sobre la matèria, de les quals només una fou dictada pel Tribunal Suprem. D'altra banda, la doctrina no s'ha ocupat d'aquest supòsit de responsabilitat.

En les pàgines que segueixen no s'estudien, en canvi, l'error de diagnòstic comès pel facultatiu en els transcurso de l'assistència sanitària que el durà a aplicar un tractament equivoccat, ni tampoc les possibles pretensions indemnitzatòries per por a contreure la SIDA després d'haver estat exposat a una de les possibles vies de contagi, supòsit aquest conegut en la doctrina americana com a *recovery for emotional distress based on fear of contracting HIV or AIDS*.

2. Error de diagnòstic: causes i legitimats passius

Els diversos supòsits d'error de diagnòstic poden classificar-se en tres grups o constel·lacions de casos en funció de la causa de l'error: aquells en els quals l'error és degut al mal funcionament del centre sanitari on és atès el pacient; aquells altres en els quals l'error és degut al mal funcionament del test o dels mètodes de detecció; i, finalment, aquells que deriven d'una errònia lectura o interpretació del resultat del test. És important distingir les diverses causes perquè en cadascun dels casos variarà la legislació aplicable i el legitimat passiu.

2.1. Funcionament anormal de la gestió hospitalària

El diagnòstic erroni d'una malaltia pot deure's a diferents situacions el denominador comú de les quals és el funcionament anormal de la gestió hospitalària del centre, com, per exemple, confondre els historials clínics dels pacients, de tal forma que es comuniquen els resultats positius del test d'una persona a una altra que no està contagiada, o confondre les mostres d'anàlisi.

En la STSJ La Rioja, Contenciós administrativa, 9.10.99, les anàlisis de sang realitzades el mes de maig de 1990 a l'actora per saber si era portadora del VIH havien resultat negatives i li foren comunicades de forma verbal. No obstant, per un error burocràtic, es considerà que els resultats havien estat positius i per això estigué sota supervisió mèdica, sense cap mena de tractament, fins el març de 1996, moment en el qual fou advertit l'error. L'actora sol·licità una indemnització de dotze milions de pessetes (72.121,45 €) pel dany moral derivat de la creença errònia durant quasi sis anys de ser portadora del VIH. El Tribunal estimà el recurs contra la desestimació presumpta de la Conselleria de Salut del

Govern de La Rioja i condemnà a l'Administració autonòmica, en base en el art. 139 L 30/1992, al pagament d'un milió de pessetes (6.010,12 €) d'indemnització. El Tribunal fixà aquesta quantia després de valorar les següents circumstàncies: l'angoixa de l'actora de saber-se portadora del VIH i la durada d'aquest estat, la seva situació familiar (tres fills menors d'edat i marit portador del VIH), així com la manca de proves que acreditessin danys a la salut, física o psíquica, tret d'un atac d'angoixa sofert el mes de febrer de 1995.

En aquests casos, el centre sanitari respon pel funcionament anormal de les seves unitats administratives en base a la legislació que correspongui en funció de la seva naturalesa: arts. 139 ss L 30/1992, si es tracta d'un ens públic, o art. 1902 CC i art. 28.2 LGDCU, si es tracta d'un de privat. Així, la imputació de responsabilitat al centre pels actes dels seus dependents millora la posició de la víctima que pretén la reparació del dany, no ha d'identificar al concret subjecte que ha comès l'error causant del dany (al respecte, *vid.* Pablo SALVADOR *et al.*, *Respondeat Superior I i II*, InDret 2/2002 i 3/2002).

2.2. Mètodes de detecció

L'error pot deure's al mal funcionament del test o a la incorrecta pràctica dels mètodes de detecció d'una malaltia. Novament, les possibles causes son heterogènies, per la qual cosa la legislació aplicable també ho és. En concret, l'ús d'un test de detecció defectuós, la realització incorrecta del test (en no seguir-se el procediment correcte d'anàlisi o en no procedir-se a la confirmació dels resultats) o el diagnòstic realitzat pel metge apartant-se de la *lex artis* poden provocar l'error.

En el primer dels supòsits esmentats, el subjecte responsable és el fabricant del test defectuós, en els termes establerts per la L 22/1994; en el segon i en el tercer supòsits, hem de distingir novament entre la naturalesa pública o privada del centre sanitari. Així, en el cas dels centres públics, la víctima haurà de dirigir l'acció contra l'Administració, qui, si ha estat condemnada, haurà de repetir contra la persona al seu servei que, incorrectament, hagi realitzat el test o hagi diagnosticat la malaltia, sempre que concorri "dol, o culpa o negligència greus" (art. 145.2.2º L 30/1992, segons redacció L 4/1999). En canvi, si es tracta d'un centre privat, la responsabilitat recau sobre el professional que negligentment realitzà el test o diagnosticà la malaltia (art. 1902 CC) i, en el seu cas, sobre el centre sanitari (arts. 1902 i 1903 CC i art. 28 LGDCU).

2.3. Interpretació incorrecta dels resultats del test

Finalment, el diagnòstic equivocat pot deure's a una lectura o una interpretació incorrectes dels resultats del test per part del facultatiu. En aquest cas, no es discuteix sobre la diligència en la diagnosi, ja sigui mitjançant tests o altres mètodes de detecció, sinó en la interpretació del test per part del facultatiu. Aquí el subjecte responsable sembla ser de forma exclusiva la persona que ha interpretat erròniament els resultats d'un diagnòstic correcte i la qüestió relativa a la legislació aplicable es resol de la mateixa manera que en els casos segon i tercer de l'apartat anterior.

3. El diagnòstic

La comunicació del diagnòstic correspon al professional sanitari, l'activitat del qual, examinada sota paràmetres de diligència, consisteix en realitzar-la quan existeixi un diagnòstic definitiu i en informar al pacient sobre la fiabilitat del test.

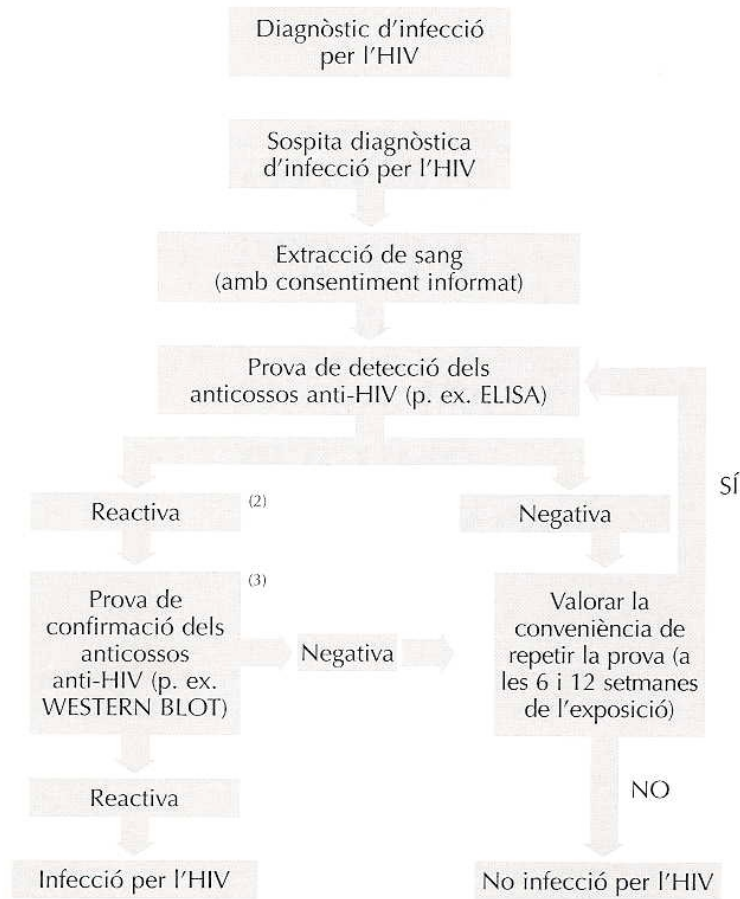
No tots els casos d'error de diagnòstic donen dret a una indemnització. Donat que tant les persones com els test són falibles, en alguns casos la llei i en d'altres la *lex artis* del professional sanitari exigeixen la comprovació dels resultats positius del test (el que anomenarem "diagnòstic definitiu").

Així, l'art. 9 Reial Decret 1854/1993, del Ministerio de Sanitat i Consum, de 22 d'octubre, *pel qual es determina amb caràcter general els requisits tècnics i condicions mínimes de l'hemodonació i bancs de sang*, disposa que "[e]n el cas de detectar-se alguna anomalia en els estudis analítics realitzats, haurà de ser **comprovada en una nova mostra**, notificant-se al donant l'anormalitat observada per tal que la posi en coneixement del seu metge si s'estima oportú".

La següent gràfica mostra el protocol de la Generalitat de Catalunya en l'any 1998 per al diagnòstic d'infecció per 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).

Font: 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.

Aquest diagnòstic pot aconseguir-se de diverses formes en funció de la fiabilitat del test disponible, d'acord amb l'estat de la ciència i de la tècnica, per a detectar una determinada malaltia: així, repetint les anàlisis, utilitzant un diferent test o mètode de detecció o analitzant una nova mostra de sang del pacient.

L'art. 8.3.e) Reial Decreto 1854/1993 esmentat estableix que “[l]es tècniques utilitzades en [les] proves [de detecció d'agents infecciosos, sífilis, VHB, VHC i VIH] hauran de tenir, **en tot moment**, un nivell òptim de sensibilitat i d'especificitat, i els reactius en elles utilitzats compliran la normativa sanitària nacional”.

I en virtut d'aquesta àmplia remissió, dependent de l'estat de la ciència, l'Ordre de 2 de juliol de 1999, del Ministeri de Sanitat i Consum, *per la qual s'actualitzen les condicions d'exclusió dels donants de sang i s'estableixen els criteris d'interpretació de les proves per a la detecció d'agents infecciosos en les donacions de sang* exigia per a confirmar el resultat positiu del test l'obtenció d'una segona mostra de sang del donant (Annex I.2.5.2.c), mentre que l'Ordre 1647/2002, de 19 de juny, del Ministeri de Sanitat i Consum, *per la qual s'estableix la utilització de proves de detecció genòmica del virus de l'hepatitis C (VHC) en les donacions de sang* exigeix que aquestes hauran de ser sotmeses a proves de detecció del VHC per tècniques d'amplificació genòmica (apartat Primer), havent-ne prou amb un únic resultat positiu per excloure la sang donada (apartat Quart).

D'una altra banda, la *lex artis* del professional sanitari inclou el deure d'informació sobre el marge d'error del test realitzat i l'obligació de preguntar al pacient si pertany a algun dels grups de risc o ha practicat recentment alguna de les activitats de risc de contagi d'una malaltia (per exemple, pràctiques sexuals sense mètodes de protecció, drogaaddicció, *piercings*, tatuatges o transfusions). Amb aquesta darrera pregunta el professional s'assegura que el diagnòstic no es realitza en el període finestra, és a dir, en aquell moment comprés entre la inoculació del virus i la manifestació de la infecció del pacient. Tot aquest procedir es troba en estreta relació amb els avenços que s'esdevenen en la ciència mèdica i, en particular, en la millora dels test de detecció.

Per tot el que s'acaba d'exposar, podem afirmar que la diligència del professional sanitari queda satisfeta quan comunica al pacient els resultats positius del primer test amb l'advertiment que aquest són provisionals i posteriorment comunica els resultats negatius i definitius del segon, sempre que no hagi hagut una dilació injustificada entre un i un altre.

Així, en el cas dictaminat pel Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya (Dictamen 272/99), el reclamant havia donat sang el 18 de juliol de 1997 que, en ser analitzada amb el test «Elisa» per comprovar la presència d'anticossos, donà el resultat de presència del VIH. El 30 de juliol es realitzà una entrevista amb el donant i amb la seva muller en la qual se'ls informà dels resultats de les proves i de què aquestes estaven pendents de confirmació mitjançant l'anàlisi amb el test «Western Blot». Així mateix, se'ls recomanaren algunes mesures profilàctiques preventives i la conveniència de procedir a una nova extracció de sang, a la qual es negà l'interessat. El 4 d'agost es comunicà telefònicament al donant que l'anàlisi de confirmació havia resultat negativa. Marit i muller reclamaren a l'Administració sanitària catalana cinc milions de pessetes (30.050,61 €) per la notícia d'un fals contagi i per l'angoixa patida durant els cinc dies transcorreguts fins la comunicació dels resultats negatius i definitius. El Consell Consultiu informà negativament: no hi hagué diagnòstic perquè la primera notícia d'un possible contagi del VIH es realitzà de forma preventiva i cautelar i s'advertí que estava pendent la confirmació de les anàlisis.

Qualsevol activitat del professional sanitari diferent a l'ara descrita ha de considerar-se com negligent.

El cas resolt per la SAP Balears, Penal, 28.9.2000 ho il·lustra, si bé la negligència del facultatiu fou examinada des d'una perspectiva penal, que no civil, la qual cosa justifica el sentit de la decisió. En el cas, l'actora havia estat diagnosticada erròniament com seropositiva al VIH mitjançant el test «Elisa», sense ser advertida del caràcter provisional dels resultats. Una segona anàlisi realitzada amb la tècnica confirmatòria «Western Blot» indicà que els primers resultats eren falsos positius, tot i que aquests van ser comunicat nou mesos després. L'Audiència Provincial centrà el cas en el deure d'informació que requeia sobre els facultatius que van diagnosticar a l'actora,

sense prejudicar la dimensió que l'esmentat deure pogués merèixer en l'òrbita civil. No obstant, l'Audiència Provincial declarà que «por lo común, los supuestos de error de diagnóstico resultan atípicos» y procedí a absoldre als imputats.

4. El dany indemnizable

La concreció del dany indemnizable és un dels aspectes més problemàtics dels casos de responsabilitat per error de diagnòstic. Els danys que el pacient diagnosticat erròniament d'una malaltia pot patir són de dos tipus:

- a) Dany patrimonial, que es concreta en el dany emergent i en el lucre cessant derivat de l'error de diagnòstic, com, per exemple, despeses sanitàries.
- b) Dany no patrimonial, que pot consistir en afeccions somàtiques derivades bé de les manifestacions de l'angoixa (per exemple, depressions, pèrdua de pes, lesions produïdes per l'intent de suïcidi), bé dels efectes secundaris o adversos provocats per un tractament mèdic innecessari.

Ara bé, existeix una clara línia de tendència a la jurisprudència espanyola i, a la vegada, una de molt similar que despunta en algunes jurisdiccions dels Estats dels Estats Units, que permet la indemnització de la mera angoixa derivada de saber-se afectat per un agent infeccios en concepte de «dany moral».

No tots els danys descrits seran sempre objecte de reparació. La jurisprudència sobre error de diagnòstic de malalties presenta especialitats en allò relatiu al dany moral, de tal forma que exigeix per a obtenir la seva reparació tres grans requisits: d'una banda, l'evidència empírica del dany al·legat; d'una altra, la gravetat d'aquell dany; i, finalment, la relació causal entre el perjudici i l'error, delimitació que es realitza a partir dels criteris d'imputació objectiva.

4.1. Evidència empírica

El mer error de diagnòstic d'una malaltia (pensi's, especialment, en el cas de la SIDA) sembla tenir prou entitat com per a sostenir l'existència d'un dany moral, si més no en la pràctica judicial espanyola.

Així, en el cas resolt per la SAP Barcelona 15.11.2001, s'havia comunicat a l'actor el 9.2.1996 que les proves de detecció de la SIDA a les quals s'havia sotmès, realitzades amb el mètode «Western Blot», la fiabilitat del qual és del 100%, havien donat positiu. El 23.2.1996 l'actor conegué el resultat negatiu de les noves proves de detecció de la SIDA a les quals s'havia sotmès en un altre laboratori. L'Audiència confirmà la sentència estimatòria del Jutjat de Primera Instància núm. 2 de Sant Boi de Llobregat i concedí una indemnització de 250.000 ptes (1.502,53 €) en concepte de dany 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. 5è).

Ara bé, en l'únic cas resolt pel Tribunal Suprem espanyol, STS, 1a, 28.12.1998, el mer error de diagnòstic no fou suficient per a sostenir l'existència de dany moral, ateses les especials circumstàncies del cas. Així, el Tribunal negà la pretensió indemnitzatòria de 50.000.000 ptes. (300.506,05 €) sol·licitada per un toxicòman, que havia estat ingressat en diversos centres psiquiàtrics, que havia estat diagnosticat erròniament com portador del VIH en el mes de setembre de 1987. Segons el Tribunal Suprem, no s'acreditaren els danys als quals es feia referència amb l'expressió «terrible dany psíquic». Sens dubte, influí en aquest pronunciament el fet que l'actor patia trastorns diversos deguts al seu historial de drogoaddicció (FJ. 3er).

Aquest tractament difereix del realitzat per alguns Tribunals i autoritzada doctrina nord-americana, els quals exigeixen per la reparació del dany moral que la víctima acreditï que l'estat d'angoixa derivat d'un diagnòstic erroni tingui una manifestació física. Aquesta manifestació pot adoptar diverses formes: des de danys corporals, com els derivats del tractament innecessari de la malaltia o els que deriven de l'estat d'angoixa (neurosi, psicosi, depressió, fòbies, insomni,...), fins a alteracions del comportament (canvi d'hàbits de vida, irascibilitat, indiferència,...).

En aquest sentit, mereixen ser destacades les següents sentències:

A *M.M.H. v. U.S.* (Wisconsin, 1992) l'actora, membre de les forces armades nord-americanes, fou diagnosticada erròniament com portadora del VIH, fet que li produí un gran desequilibri emocional que la induí en dues ocasions a intentar suïcidar-se. La *Supreme Court* de Wisconsin decidí que l'intent de suïcidi, juntament amb les diferents alteracions psicossomàtiques que patí, eren conseqüència del fals positiu i constituïen clarament una manifestació física que permetia acreditar l'existència del dany moral al·legat per l'actora.

A *R.J. v. Humana of Florida, Inc.* (Florida, 1995) l'actor fou diagnosticat erròniament com a portador del VIH, per la qual cosa fou sotmès a tractament amb retrovirals durant dinou mesos, transcorreguts els quals fou informat dels resultats d'unes noves proves de detecció de la SIDA a les que fou sotmès, que donaren resultats negatius. La *Supreme Court* considerà que sotmetre's a un tractament mèdic invasiu és susceptible de generar danys físics i, per això, de considerar acreditada la concurrència de dany 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*».

A *Hunt v. Mercy Medical Center* (Maryland, 1998) a l'actor, de 78 anys d'edat, li fou practicada una biòpsia de pròstata a l'hospital demandat el 9.3.1995. El 15.3.1995 fou informat que patia de càncer de pròstata i que era necessari sotmetre'l a tractament de radioteràpia. Després de quinze sessions de radioteràpia, el 8.5.1995 se li comunicà que el diagnòstic inicial era erroni. Com en el cas anterior, el Tribunal d'Apel·lacions de Baltimore afirmà que en el cas concorrien específiques manifestacions del dany moral al·legat per l'actor, en concret, cansament continuat, insomni, irritabilitat, canvi d'humor i estrès i, per tant, «*his emotional distress comes within the physical injury rule and is compensable*».

Els actors, en canvi, no aconseguiren demostrar manifestacions físiques derivades del dany moral causat per un fals positiu tant a *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*»), com a *Heiner v. Moretuzzo* ([Ohio, 1995]: «*the claimed negligent diagnosis never placed appellant or any other person in real physical peril*»).

Respecte a la doctrina, el Restatement (Second) of Torts s 436A establí ben clarament l'any 1965 que el mer dany moral, és a dir, no acompanyat de dany corporal o material, causat de forma negligent, que no intencionada, no era indemnitzable. Així:

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".

Aquest és, així mateix, el criteri sostingut per la doctrina clàssica en matèria de danys. Així podem llegir a *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 obstant, la jurisprudència dels Estats ha establert excepcions a la regla transcrita quan el dany moral és greu i ha estat causat de forma dolosa o greument imprudent per una conducta que pot definir-se com especialment mereixedora de refús.

I la reparació del dany moral sense que calgui provar danys físics quan d'errors de diagnòstic negligents es tracta intenta fer-se un lloc en la jurisprudència nord-americana, tot i que amb un èxit relatiu:

A *Chizmar v. Mackie* (Alaska, 1995), a l'actora, casada i amb un fill, se l'havia informat que el test de detecció de la SIDA al qual s'havia sotmès havia resultat positiu, quan en realitat no ho era, com es comprovà posteriorment. En primera instància, el Tribunal desestimà la pretensió de l'actora perquè no demostrà que concorregués un dany físic que permetés deduir la presència d'un dany moral. El Tribunal d'Apel·lacions, per contra, rebutjà que s'hagués d'exigir a l'actora la prova de patir un dany físic, però concloué que només era possible obtenir indemnització per dany moral en el cas que aquest fos «severe o serious». La *Supreme Court* d'Alaska revocà la decisió pel que feia referència a l'exigència d'acreditar aquells danys físics: «*We reserve the superior court's holding that physical injury is required to support recovery for negligent infliction of emotional distress*»

A *R.J. v. Humana of Florida, Inc.*, comentada anteriorment, el Magistrat KOGAN, J. va emetre un vot concurrent en el qual es mostrava a favor d'admetre la indemnització per danys morals tot prescindint del requisit de l'impacte físic exigít per la «*impact rule*».

De forma semblant, a *Heiner v. Moretuzzo* la Magistrada Alice Robie RESNICK prescindia també en el seu vot particular del requisit del «*real danger*», en considerar que els elements de la responsabilitat civil per si sols són suficients per jutjar els casos de danys derivats de diagnòstics erronis de malalties.

4.2. Gravetat del dany

La jurisprudència, tant espanyola com americana, exigeixen que el dany moral sigui greu per a què sigui indemnitzat. La gravetat ve determinada per diferents factors que haurien de ser valorats pel Tribunal de forma casuística: des del tipus de malaltia erròniament diagnosticada (no és el mateix errar en el diagnòstic d'una amigdalitis que en el d'un càncer de pròstata), fins a la durada de l'estat d'error que ha sofert la víctima (sembla clar que no mereix el mateix tractament qui ha estat erròniament diagnosticat de la SIDA durant cinc dies d'aquell altre que ho ha estat durant cinc mesos).

En el cas resolt per la SAP Barcelona 15.11.2001, ja comentada, es concedí una indemnització de 250.000 ptes. (1.502,53 €) pels 14 dies que existiren entre el fals positiu i el diagnòstic correcte.

Por la seva banda, el TSJ La Rioja, en sentència de 9.10.1999, ja comentada, concedí una indemnització d'un milió de ptes (6.010,12 €) tot i que transcorregueren quasi cinc anys fins que l'actora descobrí que no estava infectada pel VIH.

En el cas resolt per la SAP Granada 9.2.2000, el sotmetre al pacient a tractament mèdic amb retrovirals (AZT) durant quatre anys fou, sens dubte, un element determinat per a fixar la indemnització en 20.000.000 ptes. (120.202,42 €).

Finalment, la SAP Barcelona 16.1.2001 indemnitzà amb 614.800 ptes. (3.695,02 €) a l'actor, qui havia estat diagnosticat erròniament d'una hepatitis B durant 7 mesos.

La diversitat de les quanties concedides, pròpia del tipus de dany que s'indemnitza (al respecte, *vid.* Fernando GÓMEZ, *Daño moral*, 1/2000) no permet realitzar una previsió sobre eventuals futures condemnes.

Finalment, sembla clar que el dany moral derivat de l'error de diagnòstic finalitza quan el pacient és informat del fals positiu. I en aquest sentit, a *Kerins v. Hartley* (California, 1993) el Tribunal establí que el període raonable d'angoixa finalitzava després que el demandant hagués tingut l'oportunitat suficient per determinar amb certesa mèdica raonable que ell o ella no havia estat exposat o no havia estat infectat pel VIH. Vegi's que la referida limitació temporal fa referència als danys morals, ja que poden ser objecte de reparació els danys corporals que persisteixin en aquell moment i que, acreditats, estiguin causalment relacionats amb l'error.

4.3. Imputació jurídica

Els criteris d'imputació permeten restringir els danys susceptibles de reparació, no tots ells seran atribuïbles a l'error de diagnòstic. Així, són fàcilment imputables a l'error de diagnòstic els danys patrimonials i els corporals. No ho és tant, per contra, fer el mateix amb la totalitat dels danys morals que l'actor al·legui haver sofert a causa de l'error de diagnòstic: si bé sembla evident que l'estat d'angoixa provocat per la comunicació d'un fals

positiu ha de ser indemnitzat, ¿ha de ser-ho també la crisi de la parella per raó d'un diagnòstic erroni d'una malaltia de transmissió sexual com la sífilis?

A *Brown v. Philadelphia College of Osteopathic Medicine* (Pennsylvania, 2000), els actors, marit i muller, demandaren a l'hospital que diagnosticà erròniament que el seu fill acabat de néixer patia sífilis congènita i al·legaren que l'error de diagnòstic havia estat la causa adequada (*proximate causation*) dels següents danys: ruptura del matrimoni, danys corporals soferts per la dona a conseqüència dels maltractaments a què fou sotmesa pel seu marit i la pèrdua del lloc d'agent de policia de la dona després que hagués disparat al seu marit en una disputa. El Tribunal d'Apel·lacions de Pennsylvania estimà que la causa adequada dels danys al·legats pels actors no havia estat el diagnòstic erroni sinó la confessió del marit d'haver mantingut relacions extramatrimonials. Convé destacar que, si bé el Tribunal nega la relació de causalitat, el cert és que la confessió es produí poc temps després que els actors fossin informats que el seu fill patís la sífilis.

A *Donald Fisher et al. v. American Red Cross Blood Services et al.* (Ohio, 2000), es denegà la pretensió indemnitzatòria dels danys emocionals soferts per l'actor en ser diagnosticat de sífilis en ocasió de les anàlisis d'una donació de sang. La demandada havia comunicat a l'actor que els resultats de l'anàlisi de sang havien resultat positius per a la sífilis, i s'indicava que aquesta malaltia tenia un contagi sexual. També es deia en el comunicat que els tests de confirmació havien resultat positius. Anàlisis posteriors als quals se sotmeté l'actor a altres centres donaren resultats negatius. L'actor reclamava pel dany emocional sofert perquè el diagnòstic erroni de la sífilis havia provocat en la seva muller el dubte sobre la seva fidelitat, motiu pel qual, a la vegada, la relació matrimonial s'havia deteriorat. El Tribunal desestimà el recurs dels actors en considerar que no concorrien els requisits de la *action for intentional infliction of emotional distress*, establerts a *Retterer v. Whirlpool Corp.* (Ohio, 1996):

- que l'agent causés intencionalment el dany emocional o conegués o hagués hagut de conèixer que els seus actes provocarien aquell dany al demandant;
- que la conducta de l'agent hagi de ser considerada intolerable en la comunitat;
- que la conducta de l'agent sigui la causa directa del dany psíquic del demandant; i
- que el dany sofert pel demandant sigui greu i de tal mena que no es pot esperar que cap persona raonable el superi.

En el cas es considerarà que la Creu Roja no actuà de forma dolosa, sinó que complí amb les exigències de la FDA en comunicar els resultats positius al donant.

Els problemes d'imputació objectiva no acaben aquí. Així, es planteja el dubte de si és possible apreciar relació de causalitat entre un fals positiu de VIH comunicat a una dona embarassada que, en conèixer la notícia, decideix interrompre l'embaràs, i la pèrdua del fetus.

En el cas resolt per la STSJ Navarra 27.7.2000, l'actora estava embarassada quan fou diagnosticada com portadora del VIH, motiu pel qual decidí avortar. Poc després conegué que el primer resultat havia estat un fals positiu i reclamà al Servicio Navarro de Salud i a la seva asseguradora una indemnització pels danys morals derivats de la pèrdua del fetus. El TSJ estimà parcialment el recurs contra la sentència del Jutjat Contenciós – administratiu i concedí una indemnització de 24.000.000 ptes. (144.242,91 €) pel dany moral derivat de la pèrdua del fetus. El TSJ aprecia l'existència de relació de causalitat:

«[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. 1er).

5. Bibliografia

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

Pablo SALVADOR CODERCH *et al.*, *Respondeat Superior I i II*, InDret 2/2002 i 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*, 2a ed., Barcelona, maig de 1998.

6. Relació de sentències citades

Tribunal Suprem

Sala i data	Ar.	Magistrat ponent	Parts
1 ^a , 28.12.1998	10155	Luis Martínez-Calcerrada y Gómez	José Ignacio A. I. c. Osakidetza i altres

Tribunals Superiors de Justícia

Sala, data i Tribunal	Ar.	Magistrat ponent	Parts
3 ^a , 27.7.2000, RJCA 2398 Navarra		Juan Alberto Fernández Fernández	Yisca M. D. I Jesús Ángel A. F. c. Servicio Navarro de Salud
3 ^a , 9.10.1999, La Rioja	RJCA 3853	José Luis Díaz Roldán	Manuela A. J. c. Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja

Audiències Provincials

Sala, data i Audiència	Ar.	Magistrat ponent	Parts
Civil, 15.11.2001, Barcelona	JUR 2002\20787	María del Carmen Vidal Martínez	Luis s. P. c. "Microhemo, S.A." i Roser G. S.
Civil, 16.1.2001, Madrid	JUR 88840	José Manuel Robledano Suárez	Pablo V. M. c. "Investigaciones Clínicas, S.L." i Mercedes T. G.
Penal, 28.9.2000, Balears	ARP 3018	Diego Jesús Gómez-Reino Delgado	Dolores S. C. i Ministeri Fiscal c. INSALUD i altres
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 altres

Sentències dels Estats Units d'Amèrica

Cas	Any	Referència
<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.4th, 21 Cal.Rptr.2d 621, 632 (Cal.App.1993)
<i>M.M.H. v. U.S.</i>	1992	966 F.2D 285 (7th Cir.1992)