

Perfil general del Derecho médico

Por MARCELINO RODRÍGUEZ MOLINERO

Salamanca

NOTA PREVIA

El presente trabajo contiene el desarrollo programático de cuatro cursos de doctorado, impartidos en la Universidad de Salamanca entre los años 1985 y 1989 a alumnos de posgrado Licenciados en Derecho o en Medicina. Conté para ello con una importante subvención económica, proporcional al número de alumnos por curso, que fue invertida en la adquisición de fondos bibliográficos.

*Quiero dedicar este estudio a la memoria del profesor Karl Engisch, quien, en los semestres de verano de 1964 y 1965 en la Universidad de Munich, me despertó el interés por el Derecho médico y puso a mi disposición su rica biblioteca. Agudo y perspicaz, de profundo pensamiento y de lenguaje preciso y bello, legó a la posteridad una larga serie de libros y artículos en los campos del Derecho penal, de la Filosofía del Derecho, de la Teoría de la Ciencia jurídica, de la Lógica jurídica y también del Derecho médico. Quizá la muestra más completa, y como tal representativa de todos los campos, sea su espléndida obra **La idea de la concreción en el Derecho y en la Ciencia jurídica actuales**, magníficamente traducida por J.J. Gil Cremades, a quien debo expresar mi gratitud por brindarme de nuevo la ocasión, nunca es tarde si la obra es buena, de recordar al insigne maestro.*

SUMARIO: Introducción.— I. Caracterización general del Derecho médico. 1. En busca del criterio diferenciador. 2. La regulación jurídica de la actividad médica. Su objeto y ámbito. 3. Concepto de Derecho médico.— II. Bases constitucionales del Derecho médico.— III. Derecho civil médico. 1. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente. 2. La responsabilidad civil del médico. 3. Otras cuestiones de Derecho civil médico.— IV. Derecho penal médico. 1. La responsabilidad penal del médico y sus implicaciones. 2. Los diversos tipos de delito. 3. Otras cuestiones.— V. El *status* jurídico del médico: regulación administrativa y relaciones laborales. 1. Regulación administrativa de la profesión médica. 2. Relaciones jurídico-laborales. 3. La empresa médica y el régimen del seguro por la actividad médica.— VI. Problemas especiales del Derecho médico.

INTRODUCCION

Desde hace varias décadas se viene hablando con cierta frecuencia de Derecho médico: *Droit médical*, *Arztrecht*, *Medical Law*, según el orden en que han ido surgiendo las respectivas denominaciones. Aunque a veces este nuevo Derecho se identifica o se le tiende a confundir con la llamada *Medicina Legal*, en realidad no tiene mucho que ver con ella. Pues, como muy bien dice Gitrama, «la Medicina Legal estudia los problemas médicos que guardan relación con el Derecho y, por ende, debe ser obra de los médicos, mientras que el naciente Derecho médico aborda problemas jurídicos relacionados con la Medicina y, por consiguiente, ha de ser hechura de los juristas»¹. De acuerdo con ello, lo que con el nombre de Derecho médico se quiere significar no es otra cosa que un nuevo Derecho especial y específico, que como tal se refiere al conjunto de normas y también obviamente de sentencias judiciales y de resoluciones administrativas, e incluso de laudos arbitrales, acuerdos entre partes en litigio, etc., que tienen por objeto el ejercicio de la actividad médica en cuanto radicalmente condicionada por una serie más o menos amplia de notas distintivas.

1. GITRAMA, M., «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho Público y Privado*, ofrecidos al prof. Ignacio Serrano, T. I (Valladolid 1965), p. 328.

La primera cuestión que surge ante este hecho indiscutible es si realmente se puede hablar con propiedad de un auténtico *Derecho médico*. O, planteada la cuestión de una manera más explícita: Si el conjunto de normas que regulan la actividad médica, y por supuesto de sentencias y resoluciones que resultan de su aplicación judicial y administrativa, tienen tal entidad y presentan tales caracteres diferenciadores que obliguen a o al menos permitan pensar en la existencia o en la posibilidad de una nueva rama del Derecho, por muy específica que se la quiera considerar, pero en todo caso con un grado de autonomía suficiente como para poder separarla de las ramas tradicionales del Derecho que la generaron. Se trataría por tanto de aceptar que el conjunto de normas que regulan la actividad médica constituyen por sí mismas algo más que un *sector normativo*, entendido éste en el sentido acuñado por F. Müller, es decir, como «aquél apartado de la realidad social, en su estructura fundamental, que el programa normativo ha escogido, o en parte ha creado, como su sector de regulación»².

A la hora de querer examinar cuál es el contenido temático que se asigna a este nuevo Derecho, la respuesta que se obtiene no siempre es tan uniforme como sería de desear. Tratando de sintetizar, podríamos distinguir dos posturas principales. La primera de ellas, que podemos llamar tradicional, contempla el Derecho médico como un nuevo desgañe del gran tronco común del Derecho civil, y en consecuencia ordena la materia en torno al viejo y manido tema de la *responsabilidad civil* del médico o más ampliamente del profesional de la Medicina; los demás temas, que poco a poco se han ido sumando, o bien se les considera previos a ese gran tema central, cual ocurre particularmente con la *vexata quaestio* de la naturaleza jurídica de los servicios médicos, o bien se estima que son una consecuencia más o menos tardía del mismo, como sería ante todo el tema paralelo de la responsabilidad penal del médico, así como el problema del deber de información al paciente y otras cuestiones inherentes a la práctica normal de la actividad médica que por su naturaleza puedan tener relevancia jurídica; y ya derivadamente todas las demás cuestiones concernientes a la práctica de ciertas intervenciones médicas peculiares, como son el aborto, la ayuda al suicidio, la eutanasia, el trasplante de órganos, etc. Esta postura, que sigue siendo mayoritaria, tiene a su favor el transitar por la misma vía por la que el hoy pretendido *Derecho médico* encontró su primer desarrollo, no sólo legal, sino también doctrinal y jurisprudencial. La

2. MÜLLER, M., *Juristische Methodenlehre*, 3. ed. (Berlín 1989), p. 142 y ss. Sobre el concepto de sector normativo más concretamente v. mi *Introducción a la Ciencia del Derecho*, 2. ed. (Salamanca 1993), p. 180-181. En el mismo sentido se expresa I. KENNEDY, uno de los principales especialistas actuales del Derecho médico, al decir: «I would suggest to you that there is a discrete area of law which can properly be called "medical law", though it has by no means yet been marked out or accepted as having its own territory. It is, in my view, a discrete area, concerned with the interactions between doctors and patients and the organizations of health care». Cfr. *Treat me right. Essays in Medical Law and Ethics*, 2 ed. (Oxford 1992), p. 3.

otra postura trata en cambio de constituir el Derecho médico sobre nuevas bases metódicas, enraizadas en su propia vocación de plena autonomía. Ahora bien, al pretender diseñar su contenido temático, las opiniones vuelven a dispersarse. No es posible reseñar aquí toda la variedad constatable, por lo cual me limitaré a consignar dos modelos típicos.

Si tomamos como pauta uno de los tratados más extensos que se han publicado, y precisamente en nuestra lengua, con el pomposo título de *Derecho médico*, observamos con cierta pena la poca claridad y precisión que demuestra a la hora de perfilar el contenido temático. Así, después de una introducción dedicada a justificar la peculiaridad y autonomía del nuevo Derecho, se intenta sin éxito aplicarle la clásica división de Parte General y Parte Especial, sin concretar con claridad lo que pertenece a cada una. En principio parece dar entender que a la primera pertenecerían los temas que se enmarcan bajo el rótulo genérico de «el médico ante el Derecho civil»; pero también parece que comprendería los temas correspondientes al título «el médico ante el Derecho penal». La Parte Especial se supone que tendría por objeto las que llama «funciones médicas especiales», entre ellas las relativas a prestación de servicios médicos por accidentes de circulación y por accidentes laborales, así como ciertas intervenciones especiales, como la castración, la esterilización y el cambio de sexo. Cabe aventurar que dentro de esta supuesta Parte Especial se incluyen las intervenciones que implican un inevitable conflicto de derechos fundamentales, como la práctica del aborto, la eutanasia, la esterilización y la inseminación artificial, o que pueden poner en peligro la integridad física y moral del paciente, como la mutilación, las lesiones, los trasplantes de órganos y el tratamiento psiquiátrico. Y también se alude a la objeción de conciencia y algunos temas que propiamente pertenecen a la Medicina forense o a la Medicina Legal, como las medidas adecuadas para determinar el momento de la muerte y para datarla. Y después de esto se vuelve a ordenar los temas según el criterio de las ramas tradicionales del Derecho afectadas, tratando de la situación jurídica del médico en el Derecho administrativo y en el Derecho laboral. Y por si fuera poco, con gran sorpresa para todo el que con curiosidad científica se acerca a examinar este voluminoso tratado, se añade una amplia sección dedicada al médico en el Derecho fiscal, lo que es totalmente inadecuado, por no decir superfluo, pues todo lo que en esa sección se expone en nada diferencia al médico como sujeto pasivo de cualquier otro profesional o trabajador por cuenta ajena, o también de cualquier otra empresa si el médico es además empresario. Y para rizar más el rizo no falta un amplio anexo sobre el tema de moda de la igualdad del varón y de la mujer, y un estudio biológico sobre las diferencias somáticas entre ambos sexos y su repercusión jurídica, así como un estudio sociológico sobre algunas profesiones de la mujer, su situación familiar y la regulación

legal, todo lo cual tiene muy poco que ver con el gran problema de la configuración temática del Derecho médico³.

Con pretensiones mucho más modestas, algunos «Manuales» recientes ofrecen un diseño temático del Derecho médico más acorde con los presupuestos metodológicos de la hora presente. Un ejemplo elocuente es el recentísimo *Medical Law* del prof. Sheila A. M. McLean, director del «Institut of Law and Ethics in Medicine» de la Universidad de Glasgow. Con un procedimiento a la vez descriptivo y discursivo, parte del supuesto que el Derecho médico exige por naturaleza ser dividido en tres partes. La primera ha de dedicarse al análisis de la relación entre médico y paciente, con todas las cuestiones que este gran tema lleva en sí implícitas. La segunda parte se ocupa del estudio de las diversas áreas en que se plantea o es posible la interacción entre Derecho y Medicina. Y la tercera parte contempla los difíciles problemas ético-jurídicos que ha traído consigo la llamada «reproductive revolution», así como anticiparse al imparable avance en esta materia, principalmente por su inevitable repercusión en los temas clásicos del aborto, la esterilización, la inseminación artificial, y en los nuevos temas de la fecundación *in vitro*, la reproducción asistida y la ingeniería genética⁴.

Los datos que anteceden, pese a la concisión con que han sido recogidos, son sobradamente suficientes para urgir la necesidad de abordar con cierta solvencia el gran problema de la configuración temática de un posible *Derecho médico*. De entrada conviene advertir, para no perder el tiempo y evitar divagaciones, que el núcleo temático de este nuevo Derecho lo deben seguir constituyendo los ya añejos temas de la responsabilidad civil y de la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su profesión. Y éstos son también los temas que preocupan a los médicos y los únicos temas en que piensan cuando alguien les habla de un Derecho médico. No obstante, estos mismos temas llevan por sí mismos a pensar en otros muchos temas que poco a poco se han ido agregando, bien porque constituyen su propia base, como ocurre con el tema de la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente o el deber de información y de secreto profesional, o bien porque progresivamente han surgido merced a un proceso de diferenciación continua. Por otra parte, la constante especialización de la actividad médica y el enorme avance de la tecnología a su servicio han hecho aparecer

3. Cfr. MARTÍNEZ CALCERRADA, L., y otros, *Derecho médico*, vol. I. *Derecho médico General y Especial* (Madrid 1986), 989 p. La obra completa consta de dos tomos más, el segundo con el subtítulo *Legislación médica*, con 1027 páginas, y el tercero con el subtítulo *Jurisprudencia médica*, con 958 páginas.

4. Cfr. SHEILA A. M. McLEAN, *Medical Law* (London 1994). Sobre los temas tratados en la tercera parte, v. además su *Legal Issues in Human Reproduction*, de 1989. Más amplia y precisa es todavía la distribución de la materia por parte de KENNEDY, I., and GRUBB, A., Presidente y Director respectivamente del «Centre of Medical Law and Ethics» de Londres, en su excelente tratado *Medical Law. Text with Materials*. Second ed. (London 1994).

nuevos temas desconocidos o que yacían en la penumbra. Si a todo ello se añade la incidencia de otras ramas del Derecho, además de las ya tradicionales del Derecho Civil y del Derecho penal, en la configuración jurídica de los servicios médicos, incluido por supuesto el Derecho constitucional, parece claro que tenemos ante la vista un panorama muy amplio, cuya contemplación obliga a no dilatar más el pronunciamiento acerca de la posible estructura temática del Derecho médico de acuerdo con los actuales conocimientos en la materia.

Desde un punto de vista plenamente objetivo parece evidente que lo más aconsejable, a la hora de querer configurar el perfil temático del Derecho médico, no es separar los criterios a tener en cuenta, sino más bien conjugarlos en la medida en que sean compatibles. Estos criterios son entre otros el desarrollo histórico del todavía en mantillas nuevo Derecho autónomo, las diversas ramas jurídicas que le han prestado su contenido propio y la peculiar especificidad de algunos de los problemas que le afectan, provenientes unas veces de la condición profesional del sujeto que realiza la actividad jurídicamente regulable y otras muchas más dimanantes de los bienes jurídicamente protegibles, como son la salud, la integridad física y moral y la propia vida del paciente o sujeto pasivo, sin olvidar tampoco, como la sana doctrina ético-jurídica proclama, el interés de la comunidad humana a la que aquél pertenece. De acuerdo con esto, es obvio que un adecuado esquema del contenido temático del Derecho médico, que esté en consonancia con los conocimientos actuales, exige ocuparse al menos de los siguientes temas. En primer lugar, y como tema general previo, es preciso hacer una caracterización lo suficientemente precisa de lo que debe entenderse por Derecho médico. En segundo lugar es necesario mostrar las bases constitucionales sobre las que descansa el Derecho médico. A estos dos temas iniciales habrán de seguir como temas genéricos centrales aquellos temas que originariamente proceden del Derecho civil, como son ante todo el relativo a la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente y el de la responsabilidad civil del médico, así como aquellos otros que se enmarcan dentro del Derecho penal, como son la posible actuación delictiva, sea dolosa, culposa o meramente preterintencional, y el agudo problema de la responsabilidad penal del médico en el ejercicio de su actividad curativa. Seguidamente habrá que analizar cuál es el *status* jurídico del médico y su situación jurídico-laboral, así como su condición de empresario con base en un objeto tan peculiar como es la protección de la salud. Por último entrarían todos aquellos temas en los que Derecho y Ética se entrecruzan de manera indesligable con la mirada fija en la Deontología médica; dicho con más claridad, aquellos temas en los que la regulación jurídica está inmersa en y atrapada por una tupida red ética, que no permite escaparse fácilmente amparándose en la ligera y débil tipificación jurídica. En las páginas que siguen se pretende rellenar convenientemente, aunque con la brevedad que la índole de este trabajo impone, cada uno de los espacios que este esquema programático presenta.

I

CARACTERIZACION GENERAL DEL DERECHO MEDICO

1. En busca del criterio diferenciador

Sin duda alguna el primer problema que es preciso resolver para poder afirmar la existencia de un auténtico *Derecho médico* consiste en determinar en qué radica propiamente su especificidad y si ésta tiene entidad suficiente como para justificar la constitución de un nuevo Derecho autónomo. Aunque este problema apenas ha sido tratado a fondo y cuando se aborda aparece diluido entre otras cuestiones limítrofes, como la relativa a la naturaleza jurídica de los servicios médicos, no cabe rehuirlo, pues sin su solución positiva huelga toda ulterior discusión acerca de un posible Derecho médico. Entre los criterios diferenciadores que se han apuntado se alude en primer lugar a la peculiaridad de la actividad médica en cuanto desarrollada por unos profesionales que deben cumplir unos requisitos imprescindibles, como son la titulación y la colegiación. En gran medida esta postura sigue siendo tributaria de la concepción de la profesión médica como una profesión liberal y que cuenta con una tradición cuyas raíces hay que buscarlas en el pasado siglo. En contrapartida, desde mediados del presente siglo y merced al creciente empuje socializador del ejercicio de la profesión médica, se ha impuesto la tendencia de considerar al paciente, en cuanto titular inalienable de los bienes jurídicos protegibles, como punto de apoyo consistente para delimitar la peculiaridad del Derecho médico. Buscando una vía intermedia, recientemente se ha invocado la existencia de una específica *lex artis*, que como tal legitima radicalmente el ejercicio de la profesión médica. Tendría su fundamento en el conjunto de saberes que componen la Ciencia médica, no sólo en cuanto Ciencia teórica, sino y sobre todo en cuanto Ciencia aplicada o Ciencia práctica, que cuenta además con una excelente tecnología a su servicio. En concreto esta *lex artis* podría conceptuarse como una especie de ley técnica singular, representable como una figura lógica que participa a la vez de los caracteres de las reglas técnicas, que como tales aspiran a conseguir el fin con los medios más eficaces, y de las notas constitutivas de las normas éticas, que en cuanto tales subordinan la consecución del fin a la moralidad de los medios. Precisamente, en un loable intento de reflejar esta singularidad única, se la denomina un tanto enfáticamente *lex artis ad hoc*, que cabría definir como una regla directiva genérica de carácter técnico en su aplicación y de carácter ético en su fundamento y ejecución, que modula y condiciona toda actuación médica.

Estos y otros criterios distintivos de un posible y quizá necesario Derecho médico tienen la ventaja de subrayar la importancia de alguno de los elementos que concurren en el enjuiciamiento jurídico de los

servicios médicos. Pero tienen el inconveniente de olvidar la importancia de los demás elementos. Por todo ello volvemos a insistir que parece aconsejable seguir el procedimiento contrario y, en lugar de separar los elementos que concurren en el acto médico, tratar de aunarlos, para de esa manera hallar la especificidad del Derecho médico. Así centrada la cuestión, la configuración de este nuevo Derecho estaría determinada tanto por la peculiaridad de la actividad médica, en cuanto ejercida por unos profesionales que cumplen con los requisitos de titulación universitaria y colegiación, como por el objeto de esa actividad, que no es otro que el cuerpo humano, en cuanto que no es reductible a mera cosa, sino en cuanto es portador de bienes jurídicos inalienables cuya titularidad corresponde a la persona humana y derivadamente, al menos en situaciones límite, a la comunidad jurídica como garante de su eficaz protección y salvaguarda.

2. La regulación jurídica de la actividad médica. Su objeto y su ámbito

Por paradójico que parezca, la necesidad de un Derecho médico como Derecho especial estaba anunciada por quienes, en tiempos ya un poco lejanos y desde la perspectiva de la Medicina liberal, estimaban que la actividad médica rechaza por naturaleza cualquier intento de someterla a regulación jurídica. Todavía en 1944, en un excelente prólogo a la primera monografía sobre la responsabilidad profesional del médico publicada en España, defendía esta tesis el eximio ensayista y médico Gregorio Marañón, abundando en la idea de que ello dañaría de manera irremediable la innata libertad de la Ciencia médica juntamente con la inconmensurable confianza del paciente en su médico⁵. Mas, habida cuenta de que las normas morales no resultan suficientes para garantizar la recta y debida actuación médica ni mucho menos los derechos inalienables del paciente, la singularidad de la actividad profesional del médico conduce por lógica a confirmar la irreductible especificidad del Derecho médico y por tanto a reconocer la necesidad de su existencia como Derecho especial.

Si, aparte de esto, admitimos la existencia de una Ética médica en creciente auge, confirmada por la promulgación de numerosos códigos de Deontología médica, se abre una nueva vía para el reconocimiento del Derecho médico como Derecho especial, por la misma razón apuntada de que ni la Ética ni la Deontología profesional pueden llegar a donde la regulación jurídica llega en la protección de los bienes jurídicos y de los derechos inalienables que entran en juego en todo acto médico. Lo que entonces ocurre es que tanto la Ética como la Deontología médicas exigen por naturaleza el complemento de un Derecho médico

5. Cfr. BENZO CANO, E., *La responsabilidad profesional del médico*. Prólogo del Dr. Gregorio Marañón (Madrid 1944).

específico, al cual transmiten sus notas distintivas. En este contexto se podría adelantar que el primer proyecto temático del Derecho médico vendría dado en gran medida por el articulado de los Códigos de Deontología médica, cuyos enunciados no sería difícil convertir en temas específicos del Derecho médico con sólo añadirles el criterio distintivo de lo jurídico frente a lo meramente ético, lo que conduce a un tratamiento diferente así como a distintas consecuencias prácticas, que son similares a las existen en cualquier otro campo de la actividad humana entre Ética y Derecho.

Afirmada la necesidad de un especial Derecho médico, urge señalar cuál es su *objeto* y delimitar su *ámbito*. El objeto no es otro que los actos médicos susceptibles de regulación jurídica o quizá mejor necesitados de ella, en cuanto ejecutables por profesionales de la Ciencia médica, que normalmente se realizan en el cuerpo humano, bien sea con finalidad curativa o terapéutica o bien para obtener una mejora de las condiciones físicas o psíquicas de la persona humana. Entre los primeros cabe mencionar los que se refieren a la prevención de enfermedades, el diagnóstico, el tratamiento médico, los análisis clínicos, las intervenciones quirúrgicas, las técnicas de rehabilitación, etc. Y entre los segundos la cirugía estética, las técnicas de adelgazamiento, el tratamiento antidepresivo, etc.

En concreto la regulación jurídica de la actividad médica es de dos tipos: uno que incide en la legislación general y otro que pertenece a una legislación especial. La regulación del primer tipo está dispersamente ubicada en todo el *Corpus* legislativo común: Constitución, Código civil, Código penal, Leyes de procedimiento, Ley de la Función pública, legislación laboral, etc. Lo cual significa que en gran medida es la misma regulación jurídico-positiva vigente para otros campos de actividad más o menos afines, por ejemplo en cuanto a la responsabilidad civil o penal, al secreto profesional, a la objeción de conciencia, etc., si bien en su aplicación concreta adquiere matices especialísimos derivados de su propia naturaleza y que la distinguen claramente de cualquier otra modalidad de ejercicio de una determinada profesión. Otra gran parte de la regulación jurídico-positiva es especial y está contenida en las diversas leyes y reglamentos que directamente inciden en o tienen por objeto la actividad médica: así la Ley de Sanidad, la Ley y reglamento de extracción y trasplante de órganos, la reglamentación jurídica de la hemodonación y de los Bancos de sangre, su conservación y técnicas de transfusión, así como sobre los ensayos clínicos en seres humanos o en productos medicinales, o bien sobre las condiciones exigibles para practicar la interrupción del embarazo no penalizable, sin olvidar la regulación de los límites a la experimentación médica, singularmente en materia de tecnología reproductiva o de la eufemísticamente llamada «ingeniería genética».

El ámbito de esta regulación jurídico-positiva comprende todos los actos médicos que requieren una reglamentación jurídica. Se ex-

tiende, por consiguiente, tanto a los que tienen una finalidad curativa o terapéutica, que en su mayoría caen dentro de la denominada legislación general o común, como otros actos médicos cuya finalidad es de mejora funcional, meramente estética o de experimentación médica, a los que primordialmente se refiere la legislación especial. Y comprende también tanto la Medicina general y la Cirugía, como la multitud creciente de especialidades médicas, por muy sofisticadas que se presenten, siempre que para su ejercicio se requieran la titulación y la colegiación médicas. Extensivamente abarca también la actuación del personal sanitario auxiliar, siempre que se realice dentro de un equipo médico o bajo la dependencia de un médico o de una organización médica, e incluso siempre que se lleve a cabo dentro de los límites que su propia titulación concede. No debe comprender en cambio, salvo extensión abusiva, la actividad de quienes ejercen las profesiones llamadas *paramédicas*: fisioterapeutas, podólogos, ópticos, psicólogos, gerontólogos, esteticistas, cosmetólogos, naturistas, dietistas, etc., en cuanto para su práctica legal no requieran titulación médica.

Pero hay que tener muy en cuenta que lo que se debe entender por Derecho médico no se agota en, ni mucho menos se circunscribe a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan la actividad médica, es decir, a lo que pudiéramos denominar Derecho *legal* médico. Comprende también la muy apreciable cantidad de decisiones judiciales sobre una gran variedad de casos sometidos a enjuiciamiento y dictamen jurisprudencial. Quizá sea éste uno de los campos en que se comprueba con toda claridad que el Derecho es algo más que la Ley o que supone un *plus* sobre la Ley, entendida ésta en su formulación singular como denominación genérica comprensiva de todas las disposiciones legales y reglamentarias positivamente vigentes. Este problema, que apenas se plantea en la concepción del Derecho del mundo anglosajón, directamente heredera del espíritu del Derecho romano y medieval, cuya influencia supera con mucho los límites de la cultura jurídica británica, tiene sin embargo una importancia decisiva en el ámbito del Derecho europeo continental y de los países con Derecho preferentemente codificado. Cabe advertir no obstante que en las últimas décadas, como ha puesto de manifiesto entre otros J. Esser, se ha producido un acercamiento constante al Derecho anglosajón, aunque manteniendo el dogma del primado de la ley. Mas, aun sin contar con esta visible aproximación a la concepción jurisprudencial del Derecho, hay determinados campos, entre los cuales el Derecho médico es un ejemplo paradigmático, en los que la abundante y cada día creciente cantidad de sentencias judiciales y de resoluciones administrativas contrasta agudamente con el escaso número de disposiciones legales y reglamentarias directamente aplicables a la actividad médica. Ni unas ni otras son por lo demás reductibles a una mera aplicación lógica de los preceptos legales o reglamentarios, sino que más bien contienen valoraciones jurídicas que apuntan a la dirección indicada.

Esta carencia de preceptos legales y reglamentarios dedicados a regular jurídicamente la actividad médica hiende sus raíces en la vieja mentalidad de la Medicina liberal, según la cual el ejercicio de la profesión médica en modo alguno puede ser sometida a los rígidos cánones de la regulación jurídica. Pues es por naturaleza una actividad libre y esencialmente discrecional, en mucha mayor medida que cualquier otra de las profesiones liberales. En cierto modo confirma esta situación el hecho de que la mayoría de las disposiciones legales que inciden sobre el ejercicio normal de la profesión médica pertenecen a los cuerpos legales comunes, sobre todo al Código civil y al Código penal. Y se constata también que los supuestos que se regulan, por ejemplo la responsabilidad civil y la responsabilidad penal, son también supuestos comunes, sin que quepa pensar en dos tipos de responsabilidad específicos y radicalmente diferentes de los generales y comunes.

3. Concepto de Derecho médico

En base a todo lo que precede, podemos intentar establecer un concepto más o menos definitivo de lo que cabe entender por Derecho médico en el momento actual y que podemos concretar en lo siguiente: El Derecho médico es el conjunto de disposiciones que regulan la actividad médica, bien pertenezcan a la legislación común en cuanto directa o indirectamente recaen sobre aquélla, o bien pertenezcan a una legislación específica de algunos sectores especiales. Además el Derecho médico comprende el conjunto de sentencias judiciales y de resoluciones administrativas que versan sobre actos médicos, cuyo repertorio constituye una fuente inagotable de conceptos y de pautas jurídicas para posteriores fallos. Si pensamos además en el Derecho médico como disciplina científica, hay que decir que tanto las disposiciones legales y reglamentarias como las sentencias judiciales y las resoluciones administrativas constituyen su principal base. A ello debe añadirse el Derecho médico *comparado*, en estricta analogía con lo que se suele entender por Derecho comparado, es decir, el estudio comparativo de otros órdenes jurídicos más o menos próximos, tanto en los aspectos legal y jurisprudencial, como sobre todo en el aspecto científico. Este estudio comparado de otros órdenes jurídicos tiene en el caso del Derecho médico mucha mayor relevancia que la que pueda concederse al Derecho comparado común, lo que es debido en primer lugar a la singularidad de su objeto y en segundo lugar a la radical insuficiencia que todo orden jurídico concreto presenta habida cuenta del considerable avance que constantemente se produce tanto en el ámbito legislativo como en el ámbito del progreso científico y de la experimentación clínica.

II

BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO MEDICO

Que el Derecho médico tiene su primer fundamento en la Constitución, en cuanto regulación jurídica básica de la convivencia social, se debe a que afecta directamente a derechos fundamentales expresamente reconocidos en ella. Entre estos derechos cabe mencionar ante todo «el derecho a la protección de la salud», considerado por muchos la «Charta Magna» del Derecho médico. En nuestra Constitución se regula en el art. 43, en cuyo parágrafo 1 se reconoce como derecho fundamental, mientras que en el parágrafo 2 se establece que corresponde a los Poderes públicos la organización y tutela de la salud pública, adoptando al respecto las medidas preventivas adecuadas, y ordenar las prestaciones y servicios necesarios. Para su cumplido desarrollo insta además a promulgar una Ley general que señale los derechos y los deberes que todos tienen en esta materia. Este mandato constitucional fue cumplido con la promulgación de la Ley General de Sanidad de 25 de abril de 1986. Tanto en este artículo de la Constitución como en la Ley General que lo desarrolla se deben destacar, por lo que a la configuración del Derecho médico se refiere, cuatro aspectos principales, que son: a) el reconocimiento del derecho natural de toda persona a la protección de su salud, lo que necesariamente implica, como observa Guy Perrin, un «derecho a los cuidados médicos»⁶; b) la necesidad de establecer un sistema de organización sanitaria, que cubra adecuadamente tanto las medidas preventivas precisas para el mantenimiento y conservación de la salud pública como la apropiada ordenación de los servicios médicos y hospitalarios; c) el reconocimiento constitucional de la dignidad de la profesión médica y de otras profesiones auxiliares, independientemente del reconocimiento que en otro artículo del texto constitucional se hace de la libertad de profesión y de elección de profesión; d) la tutela jurídica de todos los derechos aquí implícitos, con independencia y también en consonancia con la que les corresponda por otros preceptos constitucionales, singularmente en virtud del art. 53, y por las leyes de procedimiento judicial y administrativo.

Aparte de este derecho general a la protección de la salud, hay otros muchos derechos fundamentales expresamente reconocidos en el texto constitucional que inciden más o menos directamente en el marco propio del Derecho médico tanto por parte del paciente como por parte del médico. Entre los primeros contamos con el art. 15, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral, con expresa prohibición de la tortura y de tratos inhumanos o degradantes, y que

6. *Cfr. Le droit a la santé en tant que droit de l'homme*, ed. René Jean Dupuy. Academia de Derecho Internacional de La Haya 1979, p. 146.

como tal fundamenta más radicalmente aún que el mencionado art. 43 el derecho a la salud y, como consecuencia lógica, a los cuidados médicos para preservarla. Junto a él, y en un mismo plano, tenemos el art. 10, 1, que reconoce la dignidad de la persona humana y los llamados derechos de la personalidad, merced a lo cual, el cuerpo humano, en cuanto objeto directo del acto médico, ha de ser tratado en función de esa dignidad y derechos inalienables de toda persona humana.

Y entre los preceptos constitucionales que protegen y salvaguardan la actividad médica, aparte del ya citado art. 43, es preciso recordar el art. 35, 1, que garantiza la libre elección de profesión y su ejercicio, sin olvidar el art. 36, que remite a una ley reguladora de las peculiaridades del régimen jurídico de los Colegios profesionales y del ejercicio de las profesiones tituladas. También es directamente aplicable al ejercicio de la profesión médica el art. 16, 1, que legitima la objeción de conciencia, y el art. 20, 1, d, que proclama el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio del derecho a comunicar o recibir libremente información por cualquier medio de difusión.

Como ya queda apuntado, tanto los derechos inalienables del paciente como los que corresponden al médico en el ejercicio de su profesión, en cuanto derechos fundamentales, son directamente susceptibles de la protección jurídica y de las garantías jurisdiccionales establecidas en el art. 53, así como de la tutela efectiva de todos sus derechos e intereses legítimos por parte de los jueces y tribunales, conforme a lo establecido en el art. 24.

Por lo que atañe a la organización sanitaria y a la opción por un sistema de sanidad pública o por un sistema de sanidad privada, o bien por un sistema mixto o de concertos entre ambas, entran en juego el art. 149, a), que establece las competencias exclusivas del Estado, entre las cuales enumera en el núm. 16 la que se refiere a la Sanidad exterior, a las bases y a la coordinación general de la Sanidad y a la legislación sobre productos farmacéuticos, mientras que en el núm. 17 alude a la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas; asimismo se ha de contar con el art. 148, 1, que establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en varias materias, entre ellas en Sanidad e higiene (núm. 21), juntamente con el art. 150, 2, que permite al Estado transferir o delegar competencias propias siempre que sean susceptibles de ello. Por último es preciso citar el art. 41, que obliga a los Poderes públicos a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, lo que implícitamente incluye los servicios médicos.

Hay además otros preceptos constitucionales que inciden también en la regulación jurídica de la actividad médica, si bien son comunes a otras actividades, como ocurre con el derecho de asociación y de sindicación (arts. 22 y 28), con la propiedad intelectual (art. 20, 1 y 149,

1, 9.^a), con el régimen de seguros (art. 149, 1, 11.^a), con el derecho de huelga y las garantías para mantener los servicios mínimos (art. 28, 2), etc. En definitiva, como bien se ha dicho, «en la Constitución se encuentra en efecto la respuesta a cuestiones claves como la determinación del papel del sector público y del sector privado; la existencia, extensión y naturaleza de derechos y otras relaciones jurídicas entre el ciudadano y las instituciones y centros sanitarios; la ordenación y fuentes reguladoras de las instituciones, derechos y funcionamiento, en general, del sistema sanitario» ⁷.

III

DERECHO CIVIL MEDICO

De la variedad de temas que demuestran el entronque del Derecho médico en el Derecho civil hay dos que sobresalen por su importancia: uno es el de la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente y otro el de la responsabilidad civil del médico. Ambos están radicalmente unidos, de tal modo que de la solución que se dé al primero depende la que se haya de dar al segundo. De ellos conviene pues ocuparse *ex profeso*, aunque sea brevemente.

1. La naturaleza jurídica de la relación médico-paciente

Independientemente del modo concreto con que se inicie la relación entre médico y paciente, la naturaleza jurídica de tal relación se conceptúa en dos vertientes: bien como una relación contractual o bien como relación extracontractual. La primera solución prima en la Medicina privada de corte liberal, pero es también aplicable a la nueva Medicina más o menos socializada. La segunda solución prima en cambio en este segundo tipo de ejercicio de la profesión médica, que de ordinario presta sus servicios en centros hospitalarios de carácter público.

La tesis contractualista, tan cara a la Medicina liberal tradicional, se encuentra de entrada con el grave obstáculo de demostrar que en toda prestación de cuidados médicos se cumplen los tres elementos esenciales a todo contrato, que conforme al art. 1261 del Código civil son consentimiento, objeto y causa. Y a renglón seguido se encuentra con la dificultad de comprobar el cumplimiento de todos los requisitos

7. Cfr. FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M., *El servicio público de la sanidad. El marco constitucional* (Madrid 1984), p. 17. Como libro de información y divulgación, desde la perspectiva de los usuarios, v. ORTIZ, C.N., *El derecho a la salud y los derechos de los enfermos* (Madrid 1983).

exigibles respecto a cada uno de estos tres elementos según los arts. 1262-1270, 1271-1273 y 1274-1277 del propio Código civil. Los partidarios de la tesis contractualista han urdido multitud de ardidés para explicar lo inexplicable: que a toda prestación de cuidados médicos, aunque sea por vía de urgencia, precede la celebración de un contrato, ya sea expreso o tácito. En la breve síntesis que aquí nos vemos obligados a hacer no es posible exponer los argumentos invocados ni mucho menos discutirlos⁸.

Debido a estas dificultades iniciales y a otras que sobrevienen añadidas, tampoco existe uniformidad de pareceres respecto a qué tipo de contrato conviene a los servicios médicos. Enumerándolos por el orden en que han sido propuestos y por el interés que la doctrina les ha dedicado, se recurre al contrato de mandato, sobre todo en el ámbito francés y en el helvético (art. 1709 y ss. del C. civil), al de arrendamiento de obra (art. 1544), al de arrendamiento de servicios (*idem*), y más recientemente, en vista de las objeciones al intento de encajar la atención médica en cualquiera de estos contratos típicos, se ha lanzado la idea de que se trata de un contrato innominado o de un contrato atípico, a los que por tanto no son aplicables las normas generales sobre los contratos; con mayor argucia todavía se ha sugerido que se trata de un contrato multiforme, proteico y variable, que como tal puede adoptar cualquiera de las formas de contratos típicos antes mencionados u otros tipos posibles, con la consecuencia de que no tiene por qué ser adscrito a un tipo fijo de contrato.

Con idéntico propósito de superar estas dificultades, no pocos autores opinan que se trata más bien de un *cuasicontrato* en la forma de una gestión de negocios ajenos sin mandato (art. 1888 del C. civil). Yendo más lejos y teniendo en cuenta que la profesión médica pertenece al amplio marco de las profesiones liberales, se ha indicado que lo único que existe en la relación médico-paciente es un deber de Ética profesional, con base jurídica en el art. 1104 del Código civil, o bien se llega hasta el extremo que se trata de una mera liberalidad, sin más apoyo jurídico que el que pueda derivarse de los daños conscientemente causados y de una lectura jurídica del Código de Deontología profesional.

Con todo ello se viene a dar la razón a la tesis contraria, la que sostiene llanamente que la prestación de cuidados médicos en modo alguno implica la existencia de un contrato entre médico y paciente, ni siquiera tácito o presunto, ni previo ni sobreveniente. Se trata por tanto

8. Sobre ello v. especialmente el amplio estudio de GITRAMA, M., «En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho», en *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Prof. José Cortés Grau* T. I (Valencia 1977), p. 333-398. También examina ampliamente la cuestión ATAZ LÓPEZ, J., en su libro, *Los médicos y la responsabilidad civil* (Madrid 1985), p. 119-232. Y en general todos los autores que tratan de la responsabilidad civil o profesional del médico. Como monografía especial, FERNÁNDEZ COSTALES, J., *El contrato de servicios médicos* (Madrid 1988).

siempre de una relación *extracontractual*. Mas, así crudamente enunciada, esta segunda tesis incurre en el error de excluir de raíz la relación contractual, que sin duda puede estar presente cuando ambas partes, médico y paciente, así lo acuerdan, ya sea expresa ya tácitamente, como con frecuencia ocurre en la Medicina privada y como también puede ocurrir en la Medicina pública.

2. La responsabilidad civil del médico

Como hemos indicado, de la tesis que se sostenga respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente depende la que a su vez haya de mantenerse sobre la responsabilidad civil del médico por su actuación profesional. Cuando existe una relación contractual, la responsabilidad será también contractual, siendo directamente aplicable los arts. 1101 y ss. del Código civil, que obligan a la indemnización de los daños causados por dolo, culpa o negligencia y morosidad. Además, cuando se trate de un tipo específico de contrato, por ejemplo el contrato de obra o el de servicios, serán también aplicables los preceptos correspondientes por incumplimiento o deficiente cumplimiento de la obligación contraída. En todos los demás supuestos en que no exista relación contractual entre médico y paciente, entra en juego la responsabilidad *extracontractual* o *aquiliana*, regulada en los arts. 1902 y 1903 del Código civil.

Los problemas que uno y otro tipo de responsabilidad civil presentan al ser referidos a la actividad médica, que aquí no podemos discutir, se acrecientan sobremanera en el supuesto de una posible responsabilidad objetiva derivada del riesgo en los actos que se ejecutan. Si ya de por sí este tercer tipo de responsabilidad civil origina debates interminables a la hora de fijar sus requisitos y de señalar sus límites, esto aumenta de grado cuando se trata de arrojar a su cauce desbordante una actividad tan delicada e imprevista en su resultado como es la práctica médica. De todo ello habrá que dar cuenta en un desarrollo completo del Derecho médico⁹.

3. Otras cuestiones de Derecho civil médico

Como una secuencia natural de estos dos temas capitales del Derecho civil médico, emergen otros no menos importantes, que al me-

9. Sobre la responsabilidad civil del médico, además de las obras ya citadas de BENZO, E., ATAZ, J., y MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., se han publicado en España importantes monografías, aunque a veces reincidentes y otras veces pretendiendo abarcar más de lo que el tema propiamente exige. Entre ellas, por orden de aparición, DE LA QUINTANA FERGUSON, M., *La responsabilidad civil del médico* (Madrid 1949), HIERRO, J. M., *Responsabilidad civil médico-sanitaria*. (Pamplona 1983); FERNÁNDEZ COSTALES, J., *Responsabilidad civil médica y hospitalaria* (Madrid 1987); LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico*, con prólogo de ALONSO PÉREZ, M., (Madrid 1988). También se ocupan del tema, más o menos circunstancialmente, los principales tratados de Derecho de obligaciones.

nos conviene enumerar. Así, en primer lugar, el del consentimiento del paciente, no solamente genérico, sino también especial para ciertos actos médicos de imprevisibles consecuencias, como ciertas operaciones quirúrgicas, máxime las llamadas en el argot usual a vida o muerte, el trasplante de órganos en su doble vertiente de donante y receptor, algunos tratamientos que conllevan consecuencias lesivas o graves secuelas para el paciente, etc., supuestos todos ellos en los que son aplicables los preceptos del Código civil relativos a la validez del consentimiento. En segundo lugar cabe recordar el deber de información del médico al paciente o a sus familiares e incluso de aconsejar qué es lo más conveniente médicamente para el paciente y qué riesgos pueden seguirse de determinadas intervenciones o tratamientos. También tiene relevancia jurídico-civil el deber de guardar el secreto profesional, que comprende todos aquellos hechos y circunstancias a cuyo conocimiento se llega por medio de la atención médica. Otra cuestión insoslayable, que cae dentro del marco jurídico-civil, es el error médico y la impericia imputable cuando esté por debajo del nivel medio exigible. Y por último entra también dentro de la temática jurídico-privada la exigencia de los honorarios debidos por los cuidados médicos prestados siempre que no sean condonados por razones humanitarias o en base a una insolvencia manifiesta previamente conocida y aceptada.

IV

DERECHO PENAL MEDICO

1. La responsabilidad penal del médico y sus implicaciones

Del mismo modo que ocurre en el Derecho civil, el tema central del Derecho penal médico es el relativo a la responsabilidad penal del médico. Es de advertir sin embargo que aquí la atención se dirige primordialmente a la responsabilidad por culpa y más en concreto por impericia o negligencia en la práctica médico-quirúrgica. Hasta tal punto que, como con razón se ha dicho, es el aspecto que más preocupa a los médicos que son conscientes de la posible repercusión jurídica de sus actos profesionales, y también, obviamente, la que en mayor proporción ha ocupado a los diversos órganos jurisprudenciales en todos los países.

Como es bien sabido, la responsabilidad penal por culpa se regla en nuestro Derecho en el conocido art. 565 del Código penal común, que distingue los supuestos de imprudencia temeraria y el de simple imprudencia o negligencia con infracción de reglamentos, así como en el art. 586, 3, que se refiere a la simple imprudencia o negligencia sin infracción de reglamentos. Aunque la responsabilidad por conducta

dolosa apenas es considerada, no quiere decir que deba ser excluida, pues puede ser muy clara en algunos de los delitos por omisión y de comisión por omisión, como lo es también en supuestos fácticos que no siempre tienen una finalidad directa curativa o terapéutica, como en el caso de la práctica del aborto, de la eutanasia letal, de algunos transplantes de órganos y en la realización de experimentos.

Teniendo como meta la determinación de la responsabilidad penal del médico en su actuación profesional, surge inevitablemente el estudio detenido de la Teoría del delito y del ilícito penal, en cuanto en tanto éstos pueden ser imputables al médico en el ejercicio legítimo de su profesión y también a aquél que sin titulación legítima la ejerce incurriendo en intrusismo. Dentro de este estudio ocupa un lugar preeminente el análisis del propio concepto de delito y la dilucidación de si existe o puede hablarse de un específico delito médico, así como el análisis de los elementos constitutivos del delito, a saber, la tipicidad, la antijuricidad y la culpabilidad, con las consabidas modalidades de dolo, culpa o preterintencionalidad. A su vez conviene examinar muy cuidadosamente las tres formas genéricas de delito, a saber, de acción, de omisión y de comisión por omisión, sobre todo en el supuesto de abandono o dejación de la asistencia médica debida o en el supuesto de deficiencia asistencial. También deben ser revisadas desde el punto de vista peculiar del Derecho médico las causas legales que excluyen, atenúan o agravan la imputabilidad y, en consecuencia, la responsabilidad penal.

Particular atención habrá que prestar en un desarrollo cabal del Derecho médico a los elementos que conforman los delitos culposos y también a los denominados delitos cualificados por el resultado, en los que entra en juego la categoría de la preterintencionalidad y la posible responsabilidad penal por riesgo. Los conceptos afines, pero diferentes, de falta de diligencia o simplemente negligencia, de impericia profesional, de imprudencia temeraria, de imprudencia profesional, de resultado previsible o imprevisible y el mismo concepto técnico-jurídico de preterintencionalidad, habrán de ser examinados con sumo cuidado, si se quiere conseguir un tratamiento doctrinal preciso y claro, que pueda servir de pauta a las decisiones jurisprudenciales.

2. Los diversos tipos de delito

Independientemente de que se admita la existencia de un específico delito médico, lo cierto es que a todo lo que antecede ha de seguir un minucioso estudio de los delitos jurídicamente tipificados en la legislación común y especial susceptibles de ser cometidos por el médico en su actuación profesional, con especial atención a las especiales características que la actividad médico-quirúrgica presenta. En concreto deben considerarse ante todo aquellos delitos que atentan contra el bien jurídico de la vida, como son el homicidio (art. 407 del Código penal),

el auxilio o inducción al suicidio (art. 409 y 409 bis), la eutanasia letal, el aborto con o sin resultado letal o de lesiones para la embarazada, los transplantes de órganos y otros experimentos médico-quirúrgicos, asimismo con resultado letal o secuelas graves para el donante o para el sujeto del experimento.

En segundo lugar es preciso considerar aquellos tipos de delito que ponen en peligro o atentan contra el bien jurídico de la integridad física del paciente, como son las lesiones, y si éstas son graves (art. 420 y ss.) o leves (art. 582 y 583). Dentro de este grupo están los supuestos de castración y de esterilización, la pérdida de un órgano vital o de una función vital, las mutilaciones con la finalidad de eximir de un servicio obligatorio, como el servicio militar, las intervenciones quirúrgicas con finalidad estética o para cambiar de sexo que impliquen pérdida irremediable de órganos o funciones vitales o incluso de la vida, las secuelas por un tratamiento médico deficiente, etc.

Hay sin duda otros supuestos fácticos que pueden tener relevancia jurídico-penal y que por tanto han de ser examinados por el Derecho médico, como son la falsedad en la extensión de certificados médicos, tanto de salud como de defunción, ciertos delitos contra la salud pública cuyo infractor es un profesional médico, entre ellos el omitir la correspondiente notificación de casos de enfermedad contagiosa cuando legalmente se exige, las intoxicaciones causadas por error en la prescripción de medicamentos, los daños a la salud psíquica o a la personalidad del paciente en un tratamiento psiquiátrico, los delitos contra la honestidad cometidos en el ejercicio de la profesión médica y el delito de coacción para obtener el consentimiento del paciente o de sus familiares, supuesto no infrecuente en situaciones límite e incluso en transplantes, por citar solamente aquellos supuestos fácticos notorios que han merecido atención en la práctica jurisprudencial.

3. Otras cuestiones

Conviene añadir, para terminar, que existen algunas figuras jurídicas que, además de ser tratadas por el Derecho civil médico, presentan caracteres específicos jurídico-penales y que por ello obligan a ser consideradas también por el Derecho penal médico. Entre ellas está el tema del consentimiento del paciente, particularmente el consentimiento en las lesiones y en la asunción del riesgo, con la cuestión subsidiaria de la aplicación de la eximente del estado de necesidad cuando resulte imposible obtener el consentimiento; asimismo el supuesto de oposición del paciente o de sus familiares a determinados tratamientos médico-quirúrgicos y qué vías legales existen para suplir el consentimiento cuando el dictamen médico considera totalmente necesario el tratamiento para salvar la vida, como es el caso de las transfusiones de sangre rechazadas por los testigos de Jehová. En segundo lugar está el tema del deber de información del médico o cirujano, su contenido y

alcance, así como cuándo y a quiénes debe darse la información para evitar responsabilidades penales. En tercer lugar cabe mencionar la relevancia jurídico-penal de la violación del secreto médico y sus consecuencias. Y en cuarto lugar la consideración jurídico-penal del error médico, tanto en el diagnóstico como en el tratamiento médico o en la intervención quirúrgica, así como en la rehabilitación o en el postoperatorio. También tiene aquí su sede propia la nada fácil cuestión de la obediencia debida, principalmente cuando se actúa en equipo o en un estamento jerarquizado de la actividad médica y hasta dónde puede alcanzar esa responsabilidad (el «Oberarzt» en las clínicas universitarias alemanas). Por último habrá que examinar también los posibles casos de exclusión de la responsabilidad penal, con o sin responsabilidad civil subyacente e inexcusable ¹⁰.

V

EL STATUS JURIDICO DEL MEDICO: REGULACION ADMINISTRATIVA Y RELACIONES LABORALES

La importancia siempre creciente de la profesión y de la actividad médicas exige por naturaleza su regulación jurídico-administrativa. Esta regulación comienza ya con la ordenación de los estudios que llevan a obtener el título universitario, continúa con las normas dirigidas a promocionar la especialización y concluye con todo el cúmulo de disposiciones legales y reglamentarias que regulan más o menos genéricamente diversos aspectos del ejercicio de la profesión médica. De otra parte, una vez superado ampliamente el viejo monopolio del ejercicio de la actividad curativa como profesión liberal, la incidencia progresiva de la legislación laboral en la Medicina socializada es por necesidad inevitable. Por último, como modalidad intermedia, que sintetiza las dos anteriores, aparece la empresa médica, cuyos titulares pueden ser médicos u otras personas. Esto obliga al atento estudio de las normas jurídico-mercantiles que regulan la constitución y la gestión de la empresa médica. Si a todo ello añadimos el imparable au-

10. Entre los estudios sobre Derecho penal médico en España merece mención especial el libro de ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho penal*, I. *La actividad curativa* (Barcelona 1981). Del mismo autor, *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico* (Madrid 1986). También deben citarse RODRÍGUEZ BERZOSA, M.Á., y MARTÍNEZ-CALCERRADA, J.M., autores de «El médico en el Derecho penal», en la obra colectiva citada *Derecho médico*, T. I, p. 197-296. Últimamente ha incidido en el tema RUIZ VADILLO, E., «La responsabilidad civil y penal y el derecho a la salud», en *La responsabilidad de los médicos y Centros hospitalarios frente a los usuarios de la Sanidad Pública y Privada*. Actas de la Jornada organizada por la Fundación Ciencias de la Salud, celebrada el 18 de octubre de 1993 (Madrid 1994), p. 62-119.

mento del seguro para cubrir las posibles responsabilidades del médico en su actuación profesional y para evitar la tentación de refugiarse en la *Medicina defensiva*, se puede comprender el alcance que tiene el Derecho mercantil, y en concreto el Derecho de seguros, en la configuración temática del Derecho médico. Baste consignar algunas puntualizaciones sobre todos estos aspectos para completar el panorama del Derecho médico.

1. Regulación administrativa de la profesión médica

Hoy día la ordenación de los estudios de Medicina está en proceso de revisión. La atribución a cada Universidad de la posibilidad de elaborar sus propios planes de estudio dentro de un marco general común, hace que puedan variar las condiciones para obtener el título de médico y cirujano. Sigue todavía vigente la obligación de pertenecer a un Colegio Médico para poder ejercer la profesión. Y la pertenencia a la Unión Europea exige acatar y cumplir las directivas que emanen de sus órganos de gobierno concernientes al ejercicio de la profesión médica.

Por lo que atañe a la especialización, empezó a regularse mediante la Ley de especialidades médicas de 1955, reformada en 1978 y completada en 1984. Se distinguen al efecto varios tipos de especialización. En uno de ellos se exige la permanencia del médico aspirante en un centro hospitalario (los MIR) y en otro la asistencia parcial. Un tercer tipo corresponde al que se realiza en las Escuelas de especialización, que no requieren la permanencia en un centro hospitalario, como la de Medicina del trabajo, la de Medicina deportiva y de educación física, la de Estomatología, la de Medicina legal, etc. Y existen por último procedimientos especiales, como el de los Ayudantes de las Facultades de Medicina, que desempeñan tal cargo durante un tiempo equivalente al de la especialización, o la de quienes superan un examen *ad hoc* una vez obtenida la práctica de otro modo; asimismo para quienes tienen titulación extranjera existe, como en otras profesiones, el expediente de la convalidación y homologación.

En cuanto a la preparación técnica exigible como pauta decisiva para determinar la responsabilidad por impericia —lo que la jurisprudencia francesa llama «*inobservation des règles d'art*» y la jurisprudencia alemana denomina «*Kunstfehler*»— cabe distinguir dos tipos fundamentales: la *preparación normal*, que se basaría en el criterio del promedio razonable habida cuenta de las condiciones socio-económicas y de los medios técnicos disponibles, entre ellos los bienes de equipo, sobre todo en cirugía, así como la debida habilitación de centros sanitarios tanto públicos como privados, y la que podemos llamar *preparación de élite*, que puede también ser exigida como pauta de decisión jurisprudencial cuando previamente se incluye en la información dada al cliente. En todo caso, en la situación concreta pueden pesar

más los criterios deontológicos, también atendibles por la jurisprudencia de los tribunales, que la expresa regulación legal.

La regulación jurídico-administrativa del ejercicio de la profesión médica distingue a su vez la Medicina privada, que puede ser ejercida como particular y en equipo, y que en algunos aspectos fundamentales se rige por lo que en cada caso se mantenga respecto a la naturaleza jurídica de la relación entre médico y paciente, y la Medicina pública, que requiere, además de los requisitos generales, la superación de unas pruebas de selección para el ingreso en el Cuerpo de funcionarios públicos, siéndoles aplicables las demás condiciones que a éstos, como son el nombramiento, toma de posesión, etc. Esta Medicina pública se ejerce normalmente en los hospitales públicos, cuya titularidad corresponde al Estado, a las Comunidades Autónomas u a otros entes públicos, y también en los Hospitales clínicos de las Universidades públicas. Dentro de ella corresponde un régimen especial a los médicos del INSALUD. Lo más notable que cabe reseñar hoy es que en todos los casos en que el ejercicio de la Medicina se efectúe como función pública es aplicable el principio de responsabilidad objetiva y directa de la Administración por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, tal como se establece en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas de 26 de noviembre de 1992.

2. Relaciones jurídico-laborales

Cuando la actividad médica se lleva a cabo en el ejercicio independiente de la profesión médica, el pago por los servicios médicos prestados se efectúa en la forma tradicional de honorarios. Pero cuando esta actividad se realiza en régimen de trabajo por cuenta ajena se origina una relación laboral administrativa en el caso de los funcionarios o una relación de contrato laboral en los demás casos. Si bien en ambos supuestos es aplicable la legislación común, existen algunas peculiaridades tanto respecto a la jornada laboral y al tiempo máximo de trabajo continuado, como respecto a las incompatibilidades, principalmente entre Medicina pública y privada. Estas peculiaridades alcanzan el grado de contar con una regulación específica en las denominadas guardias médicas, bien sean de presencia en el centro hospitalario o bien de localización por algún medio seguro. Lo mismo ocurre respecto al régimen de las horas extraordinarias y a la limitación de tiempo en la jornada continuada. Y también alcanza a la prestación de los servicios mínimos cuando se recurra al derecho de huelga. Todo lo cual debe ser objeto de minucioso análisis no solamente desde el punto de vista *de lege lata*, sino también y sobre todo desde el punto de vista *de lege ferenda*.

3. La empresa médica y el régimen del seguro por la actividad médica

Además de las dos figuras jurídicas descritas, la del médico funcionario y la del que presta sus servicios como trabajador por cuenta ajena, en la Medicina moderna cobra cada vez mayor interés la figura del médico como titular de una empresa dedicada a actividades médicas. A efectos de lograr una tipificación nítida, podemos distinguir tres modalidades principales: a) la del médico titular de empresa que, sin ejercer él mismo la profesión, dirige una clínica en la que prestan sus servicios uno o varios médicos, bien en régimen económico de honorarios fijos o bien en régimen de contrato laboral; b) la del médico que ejerce su profesión en una clínica o consulta privadas conjuntamente con otros médicos o simplemente contando con personal auxiliar a sus órdenes; éste último es sin duda el supuesto más frecuente, pues toda clínica o consulta privadas suelen tener algún empleado o auxiliar a su cargo, sin que quepa desligarse de la actividad principal, como ha estimado con gran acierto la doctrina jurisprudencial en varios fallos importantes; c) la empresa médica cuya titularidad corresponde a un grupo de médicos y cuyos servicios comprenden una o varias especialidades.

Como toda empresa, la que tiene por objeto la prestación de servicios médicos, con o sin hospitalización, se rige por las mismas normas jurídicas que cualquier otra empresa y precisa la licencia fiscal para su apertura. Dispone también de un patrimonio, en el que se incluyen tanto los bienes materiales, sean inmuebles (edificios, locales de consulta, etc.) o sean muebles, en especial los bienes de equipo, como los bienes inmateriales, entre los que se cuentan la propiedad intelectual y la clientela. Y como toda empresa tiene una finalidad de lucro o de obtención de beneficios en base a la explotación de una actividad, que en este caso no es otra que el cuidado médico de la salud humana, lo que precisamente constituye su signo distintivo frente a cualquier otro tipo de empresa. Cuestión importante es determinar qué tipo de Sociedad mercantil legalmente regulado es más conveniente y aconsejable a la empresa médica, lo que en gran parte dependerá de la magnitud que tenga y de la complejidad de los servicios que preste.

Como ya hemos anticipado, dentro del mismo marco del Derecho mercantil tiene hoy en día una importancia capital el tema del seguro médico para cubrir las posibles responsabilidades en que pueda incurrir el médico en el ejercicio de su actividad profesional, excepción hecha de la responsabilidad penal cuando ésta no esté sujeta a cuantificación económica. Tanto es así que en todos los países desarrollados, más en unos que en otros, existen Sociedades de seguro dedicadas a cubrir estos riesgos. En algunos, como en España, las Compañías aseguradoras, que por lo demás sólo cubrían el riesgo de la responsabilidad civil, dejaron de hacerlo a partir de 1992 por las cuantiosas pérdidas que su cobertura económica importaba. En otros países, cuyo ejemplo paradigmático son los EE. UU., hay especialistas como los ginecólogos, que han teni-

do que cambiar de especialidad debido a la cuantiosa suma anual que tenían que pagar para suscribir el seguro ¹¹. Al margen de estas y otras consideraciones, lo que desde el punto de vista jurídico primordialmente interesa es fijar las condiciones generales del contrato de seguro médico, entre ellas la cobertura del riesgo y cuál es su contenido y alcance, la cuantía económica que importa, etc. Y por supuesto no se debe olvidar la penosa situación en que pueden quedar tanto los profesionales de la Medicina como sus usuarios si, como ha ocurrido en España, las Compañías aseguradoras desisten de ofertar el seguro o limitan considerablemente su cobertura.

VI

PROBLEMAS ESPECIALES DEL DERECHO MEDICO

Para concluir este estudio programático, es preciso señalar siquiera una serie de temas especiales, algunos de los cuales han sido ya mencionados y deben ser tratados también en su lugar respectivo, que reclaman una atención especial por parte del Derecho médico. Entre ellos, siguiendo un orden de preferencia lógica, conviene enumerar los siguientes:

- 1) *el deber de asistencia médica*, en el que se incluye la consideración de la actitud de practicar una Medicina defensiva o a la defensiva, sin advertir que esto puede acarrear la consecuencia de incurrir en un delito de comisión por omisión;
- 2) *la preparación debida*, que comprende la pericia técnica exigible y la actualización de conocimientos de acuerdo con el nivel medio o el nivel de élite profesional y de especialización;
- 3) *la objeción de conciencia*, que obliga ante todo a delimitar el concepto, distinguiéndolo de la desobediencia personal y de la desobediencia civil, así como a señalar cuándo procede y cuál es su alcance, junto con las formas concretas que puede presentar: como médico actor, como médico director, como médico que ha de emitir un dictamen, como director de un Centro o establecimiento público y como personal auxiliar o colaborador;

11. Según el Dr. JOSÉ FORNES, que se hace eco de éstas y otras informaciones similares, las pérdidas de las compañías aseguradoras en España por asegurar la responsabilidad civil de los médicos ascendían en 1992 a 10.000 millones de pesetas, y la cuantía a pagar por la póliza del seguro médico de un ginecólogo en EE. UU. alcanza la cifra de 10 millones por año con un límite de cien asistencias médicas o partos. Cfr. su estudio, «La responsabilidad social del médico», en *La responsabilidad de los médicos y Centros hospitalarios.... cit.*, p. 26-43.

- 4) *el deber de información* al paciente o a sus familiares, cuando procede, cuál ha de ser su contenido y cuándo debe acompañarse del consejo o asesoramiento, así como las consecuencias jurídicas de su incumplimiento;
- 5) *el secreto médico*, sus exigencias como secreto profesional de alto rango y las consecuencias jurídicas de su violación;
- 6) *la práctica del aborto*, exponiendo todos los requisitos que se exigen para practicar el aborto no penalizado según el art. 471 bis del Código penal y en concordancia con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985, pero sobre todo analizando sus consecuencias éticas, los inconvenientes que consigo lleva cualquier intento de ampliación de supuestos lícitos y las graves responsabilidades jurídicas de quienes decidan practicar el aborto al margen de la ley;
- 7) *la eutanasia letal y la eutanasia lenitiva*, prohibida la primera y admitida la segunda, aunque sea con el resultado indirecto de abreviación de la vida, abundando en la consideración de la absoluta ilicitud moral de una posible despenalización de aquella de *lege ferenda*; habría que ocuparse también aquí del tema de la ilicitud ética de la prolongación artificial de la vida por medios técnicos;
- 8) *el trasplante de órganos*, con toda su problemática, su actual regulación legal y reglamentaria, sus modalidades principales según orden de aparición: transfusiones de sangre, trasplante de córnea, trasplante de riñón, trasplante de corazón, trasplante de hígado, trasplante múltiple, trasplante de médula, etc.;
- 9) *la fecundación artificial y la fecundación in vitro*, sus diversas formas, los avances de la ingeniería genética y los graves problemas ético-jurídicos que plantean, como el de los óvulos fecundados y no implantados, llamados un tanto jocosamente en alguna sentencia embriones arrestados o embriones secuestrados, de los que en España existen ya varios miles, y la degradación que supone su posible utilización futura como cosméticos o regeneradores;
- 10) por último habrá que considerar el tema de *los límites ético-jurídicos al riesgo y a la experimentación* en la práctica y en la investigación médica y las múltiples implicaciones entre Biogenética, Biomedicina y Derecho ¹².

12. De entre la multitud de trabajos y estudios sobre estas cuestiones, cabe aducir como ejemplo, limitándonos a lo publicado en nuestra lengua, los siguientes: DEL CASTILLO, J.L., *De la donación al trasplante. Aspectos legales, médicos y logísticos*. Ministerio de Sanidad y Consumo (Madrid 1987); ROMEO CASABONA, C.M., *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos* (Barcelona 1979). *Informe de la Comisión especial de estudio de la fecundación «in vitro» y la inseminación artificial humanas*. Congreso de los Diputados (Madrid 1986); TESTART, J., *El embrión transparente*. Apéndice de Michel Serres. Trad. de O. Caballero (Barcelona 1988); II Congreso Mundial Vasco,

El estudio detenido de todos estos temas supera a veces la estricta consideración jurídico-legal y apunta por tanto al llamado Derecho suprallegal, basado en los principios que informan cada orden jurídico concreto y que como tales están, aunque no exclusivamente, reconocidos en la Constitución. En buena lógica tampoco deben quedar al margen aquellos principios que, por su propia naturaleza, han de estar presentes en todo orden jurídico que se precie de tal nombre. Con lo cual queda abierta de par en par la puerta a la dimensión ético-jurídica en su plenitud de sentido y también obviamente a las normas propias de la Deontología profesional y a los respectivos Códigos de Deontología médica, cuyas reglas, si bien no tienen carácter jurídico, no se puede afirmar a la ligera que estén totalmente exentas de relevancia jurídica, pudiendo en ciertos casos ser invocadas como pautas de decisión jurisprudencial. Esto, que de por sí no ofrece mayores dificultades en un Derecho de corte anglosajón, es también aplicable en el Derecho continental, donde cada día se constata un acercamiento visible al anterior, especialmente notable en áreas, como la del Derecho médico, difícilmente sometibles a los rígidos esquemas de la regulación legal.

La filiación a finales del siglo XX. Problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana (Madrid 1988); VIDAL MARTÍNEZ, J., *Las nuevas formas de reproducción humana. Estudio desde la perspectiva del Derecho civil español* (Madrid 1988); LLEDÓ, F., *Fecundación artificial y Derecho* (Madrid 1988); MORO ALMARAZ, M.^a J., *Aspectos Cíviles de la inseminación artificial y de la fecundación «in vitro»* (Barcelona 1988); SPORKEN, P., *Medicina y Ética en discusión. Los grandes problemas de la Ética médica*, trad. de J. Aguirre (Pamplona 1982); REVERTE, J. M., *Las fronteras de la Medicina. Límites éticos, científicos y jurídicos* (Madrid 1983); MARTÍN MATEO, R., *Bioética y Derecho* (Barcelona 1987).