

“EL DERECHO SANITARIO Y SU MARCO CONSTITUCIONAL”.

Enrique Ruiz Vadillo, Magistrado del Tribunal Constitucional Ex-presidente de las Salas Social y Penal del Tribunal Supremo, Presidente del Instituto Europeo de España y Presidente del Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Comparado con sede en Las Palmas de Gran Canaria.

Sumario:

1. Saludo y agradecimiento. 2. Consideraciones generales: a) Que es la Sanidad. b) Perspectiva constitucional. 3. El problema de la jurisdicción competente. 4. Responsabilidad de la actividad sanitaria: a) Responsabilidad en general: b) Responsabilidad civil. c) Responsabilidad penal. d) La cuantificación económica de la indemnización. 5. Otros problemas: a) El consentimiento informado. b) La historia clínica. 6. Apreciaciones finales: a) El problema social b) El prestigio universal de nuestros Médicos.

1. SALUDO Y AGRADECIMIENTO.

Unas muy breves palabras de introducción como exteriorización de mi gran afecto a esta hermosa Galicia que es la expresión más auténtica del amor hecho nostalgia, de ilusión siempre viva de los que se fueron y de los que se van porque no tuvieron o no tienen otro camino, de volver a esta Tierra donde la belleza de sus campos, el azul de sus mares, la dureza tantas veces de la vida son parejas con la dulzura y generosidad de quienes en ella viven sintiéndose gallegos.

A todos mi respetuoso saludo y mi felicitación por el trabajo que realizan para dar cada día más fuerza y pujanza a esta Galicia tantas veces olvidada.

Al Excmo Sr. D. José María Gómez y Díaz Castroverde, querido e ilustre amigo y compañero del que recibí la amable invitación para participar en este Acto, mi gratitud y el abrazo especialmente cordial a quien trabaja con tanta ilusión como eficacia por el mejoramiento de las condiciones de vida de quienes quieren vivir, porque tienen derecho a ello, en su Tierra que puede y debe dar cada día más frutos a través de su propio engrandecimiento.

Gracias también a la Fundación Junior´s-Centro de Estudios de Galicia y a la Universidad de A Coruña y Santiago de Compostela donde tantas veces he venido a conferenciar invitado por mi grande y admirado amigo y compañero, por desgracia fallecido, el profesor Agustín Fernández Albor.

Como la organización ha cubierto a la perfección los temas a desarrollar por los correspondientes ponentes y estos son excepcionales especialistas, mi intervención en este caso, con el permiso de todos Vds. va a consistir en hacer una breve referencia al marco constitucional de la Sanidad que de manera muy fundamental viene referido a cuestiones de competencia entre el Estado, (Central) y el Autonómico,(Comunidades Autonomas) para después hacer un recorrido, también breve, casi telegráfico, de los que a mi juicio, y desde mi perspectiva, son problemas muy importantes de la Sanidad que inciden, ello es obvio, de forma muy fundamental en la clase médica, algo esencial desde el punto de vista de la salud de los ciudadanos porque han de ser los médicos,(utilizando la expresión en sentido muy general, en todas sus especialidades y por tanto incluyendo a los Cirujanos, los artífices de nuestro equilibrio físico, que no se puede separar del psíquico y que para actuar de tal manera necesitan gozar de un clima de serenidad lo más grande y hacedero posible, lo cual obliga a distinguir perfectamente bien entre los errores que podemos llamar “normales”, no burdos, no inexplicables y no dispensables, de aquellos otros que pueden calificarse de errores de diagnóstico y de terapia, nacidos de nuestra propia condición humana como tantas veces ha puesto de relieve el Tribunal Supremo en sus Salas Civil y Penal.

Para ellos, y para sus colaboradores, va, una vez más, mi alta consideración, mi felicitación y respeto y el deseo, que es sin duda de todos, de que sus exitos humanos, que son los más importantes, y los profesionales, y en su caso, universitarios, vayan parejos y en crecimiento continuo.

2. CONSIDERACIONES GENERALES.

a) Qué es la Sanidad

De manera muy provisional podemos definirla como el sistema de organización, extenso y complejo para la prestación de servicios a través de relaciones contractuales y extracontractuales, en los que se garantizan la utilización de los medios idoneos, incluida la prescripción de los correspondientes fármacos, pero no los resultados, salvo excepciones muy cualificadas y no absolutas,(cirujía plástica o de “embellecimiento”) en Centros Hospitalarios o de Salud, en tratamiento ambulatorio o en el propio domicilio del enfermo, tendente a preservar el estado de salud de las personas en cuanto Entidad colectiva y cuando éste, a nivel personal se quebranta a facilitar su recuperación o curación y, no siendo ello posible, que

muchas veces no lo es, a paliar o disminuir sus efectos.¹ Todavía hay que incorporar nuevos factores y sectores de la actividad de la Administración en el orden sanitario: El buen estado sanitario de los animales, (Sanidad Veterinaria) para evitar el contagio de determinadas enfermedades por el simple contacto o por el consumo de sus carnes o productos, (la leche, por ejemplo,) el control de la alimentación y la bebida, el vestido y el calzado, (origen de desviaciones y enfermedades), el estudio de los modos de vida, sobre todo en el campo de la ingesta de bebidas alcohólicas y de las drogas y también en el ámbito laboral, (en la minería y en trabajos especialmente peligrosos y penosos), sin olvidar el importantísimo tema del medio ambiente y de su contaminación por empresas que hacen sus vertidos en las aguas o que expanden sus gases en la atmósfera, centrales nucleares, etc.

Como vemos, algo verdaderamente trascendental en nuestras vidas a lo que hay que prestar muy especial atención porque de ello va a depender en gran medida nuestro futuro a corto, a medio y a largo plazo.

b) Perspectiva Constitucional

La necesidad de contemplar desde un horizonte lo más completo posible, las Instituciones sanitarias que venimos examinando, exige la colaboración interdisciplinar, es decir pluridimensional en el campo científico a fin de construir con armonía el correspondiente conjunto normativo, como el que tiene por objeto la protección del consumidor y del usuario de determinados servicios, (pensemos en la llamada responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva).²

La plural inclusión de una norma en sectores distintos: sanidad, consumo, comercio interior o exterior, etc, determina la necesidad de elegir la regla de competencia aplicable.

En nuestro Estado de las Autonomías este tema es muy principal porque su construcción está hecha sobre la base de un reparto competencial de acuerdo con el bloque constitucional; (Ley Fundamental y Estatutos de Autonomía).

¹ V. Ley 14/1.986, de 25 de Abril, General de Sanidad,(LGS). Respecto de Galicia: Ley 2/1.996, de 8 de mayo, sobre drogas:Título II De la asistencia y reinserción de los afectados por el consumo de drogas.(arts 16 y ss).

Ley de 28 de diciembre de 1.984 del Estatuto gallego del Consumidor y Usuario.

² Ruiz Vadillo, Enrique: "Aspectos constitucionales de la actividad médica" En el IV Congreso de Derecho Sanitario. Allí planteé también el problema de la presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución: La presunción de inocencia no solo abarca al campo penal, pero cuando se sale del mismo son necesarias ciertas modulaciones.(SSTC 13/82; 52/89 y 139/90).

La garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de los intereses que exceden del ámbito autonómico son límites que deben tenerse presentes.³

De la interpretación sistemática de los artículos 43,51, 139.2 y 149.1.1ª de la Constitución,(CE) se infiere la exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional. Para saber que aspectos del sistema de la sanidad nacional corresponden al Estado y que otros pueden ser o son competencia de cada Comunidad Autónoma es necesario acudir al Título VIII de la Constitución y al correspondiente Estatuto...

El Estado se ha reservado la competencia exclusiva sobre sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productos farmacéuticos, (art. 149.1.16ª CE). De estas tres materias relacionadas entre sí, como lo indica su colocación en un mismo punto del artículo 149.1, aunque estén separadas sintácticamente,... con independencia de la sanidad exterior y la legislación sobre productos farmacéuticos, sí tiene este carácter la competencia sobre “bases y coordinación general de la sanidad”, vocablo este último que por exclusión, respecto de la sanidad exterior hay que entender referido a la sanidad interior, esto es, a la sanidad dentro del territorio español.⁴

Por lo que toca a Galicia, (art. 33 de su Estatuto de Autonomía y art. 149.1.16ª CE) en relación con los medicamentos, corresponde al Estado la legislación y a Galicia la ejecución y la organización de los servicios que han de llevarla a cabo, sin perjuicio de la competencia estatal para la coordinación y la alta inspección de todo lo que afecte a la sanidad.⁵

La competencia estatal sobre el Registro general sanitario de Alimentos,⁶ aparece fundada en un doble tipo de razones: como una exigencia derivada de la necesaria protección del derecho a la salud de todos los ciudadanos, reconocido constitucionalmente y cuya protección deben garantizar los poderes públicos en condiciones de igualdad, y como una consecuencia de la consideración del Registro como un instrumento que permite la difusión de los datos en él contenidos y su utilización y comprobación por todas las Administraciones Públicas.⁷

En orden a la Sanidad exterior la competencia es estatal,⁸ Es la distinción entre el aspecto interior o exterior de la actividad pública en materia sanitaria la

³ SSTC 71/1.982, de 30 de noviembre. En el mismo sentido STC 69/1.988, de 19 de abril.

⁴ STC 32/1.983 de 28 de abril.

⁵ STC 54/1.990 de 28 de marzo.

⁶ STC 236/1.991, de 12 de diciembre: Registro y Estatutos de Autonomía catalán y vasco.

⁷ SSTC 32/1.983, de 28 de abril; 87/1.985, de 16 de julio y 111/1.986, de 30 de setiembre.

⁸ STC 252/1.988, de 20 de diciembre.

que debe servir de guía para determinar la titularidad de la competencia disfrutada. Al ser ambos aspectos especificación del concepto genérico de sanidad, en cuanto definitorio de una actividad desarrollada por las distintas Administraciones, no es precisa una clara definición de éste; sino simplemente determinar si la competencia a la que se refieren las normas impugnadas es encuadrable en uno u otro título competencial.⁹

Ahora bien, las leyes básicas deben decir que competencias corresponden en una materia compartida, a las Entidades locales, por ser ello necesario para garantizarles su autonomía, (arts 137 y 140 CE). Esto no asegura que la Ley básica estatal y sectorial, (montes, sanidad, etc) que tal cosa disponga, sea, sin más, constitucional porque si excede de lo necesario para garantizar la institución de la autonomía local habrá invadido competencias comunitarias y será por tanto inconstitucional correspondiendo en último término a este Tribunal Constitucional ponderar, en cada caso, si las competencias de ejecución atribuidas a los Entes locales son o no necesarias para asegurar su autonomía.¹⁰

Cuando en una materia, como la disciplina sanitaria de los productos alimenticios, puede ser incluida en dos títulos competenciales distintos como la sanidad y la defensa de los consumidores, el carácter específico de la sanidad, respecto del plural de la defensa del consumidor, determina que su inclusión en la regla de más amplio alcance deba ceder ante la regla más especial que es, por tanto, de aplicación preferente,¹¹.... Además de la necesidad de una regulación estatal en materia de sanidad alimentaria que con el carácter de lo básico extiende su vigencia a todo el territorio de la Nación, no es ajeno a la unidad del mercado y a la libre circulación de bienes la intervención en materia alimentaria mediante definiciones y reglamentaciones de uso de las sustancias y preparados, componentes o aditivos de productos alimenticios porque el establecimiento de reglamentaciones diversas puede provocar distorsiones en la unidad de mercado.¹²

El Tribunal Constitucional,¹³ contemplando la controversia desde el art. 149.1.16^a CE y 17.1.3 y 4 del Estatuto de Autonomía de Cataluña señala que

⁹ STC 252/1.988, de 20 de diciembre.

¹⁰ STC 214/1.989, de 21 de diciembre.

¹¹ Se trata de una norma de aplicación general en todo el Ordenamiento jurídico que goza de consenso general.

¹² STC 71/1.982 de 30 de noviembre. También SSTC 87/1.985 de 16 de julio; 69/1.988 de 19 de abril y 80/1.988 de 28 de abril.

Sobre coordinación de Registros materia a la que ya nos hemos referido: STC 87/1.985, de 16 de julio.

En cuanto a la "ordenación general de la Economía" STC 144/1.985, de 25 de octubre.

¹³ STC 42/1.983 de 20 de mayo.

corresponden al Estado en materia de sanidad interior, las bases, la coordinación general y la alta inspección y a Cataluña el desarrollo legislativo la ejecución, estando atribuida la competencia legislativa sobre productos farmacéuticos al Estado y la ejecución a la Comunidad que tiene competencia organizativa sobre los servicios relacionados con esta materia.¹⁴

El Tribunal Constitucional ha afirmado,¹⁵ que corresponde al Estado la regulación de la extracción y transplante de órganos porque así resulta de su incidencia en el ámbito de los derechos de la personalidad que como tales no están comprendidos en la materia de sanidad, pero en la medida en que aparecen implicadas competencias de la Administración sanitaria, y solo en ese sentido, la regulación ha de considerarse como básica en materia de sanidad.

Sobre las acciones relativas a la prevención y lucha contra plagas o enfermedades vegetales o, en un sentido más amplio, la sanidad vegetal, debe encuadrarse dice el TC,¹⁶ en las previsiones constitucionales y estatutarias sobre la Agricultura.

Con arreglo a la doctrina del TC,¹⁷ la alta inspección, tal como la define el art. 43 de la LGS, consiste en una “función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad” pero dicha función no comprende el ejercicio de competencias de inspección y control directo sobre la distribución y dispensación de medicamentos que pertenecen a la competencia ejecutiva directa de la Comunidad Autónoma.

Dice el Tribunal Constitucional,¹⁸: En la disciplina de las sustancias y productos que intervienen en la alimentación de los animales resultan involucrados diversos títulos competenciales. Sin embargo.. no cabe duda de que las competencias más directamente implicadas son las relativas a la ganadería y a la sanidad. Lo primero porque, como afirman los Preambulos de las Directivas objeto de transposición, el objetivo fundamental de esos productos y sustancias es el incremento de la producción ganadera; la segunda porque es evidente que, de modo indirecto, la alimentación animal puede influir en la salud de las personas. Naturalmente, para que entre en juego el título sanidad es requisito indispensable que se trate de alimentos producidos para animales con incidencia en la salud humana. Ello es condición necesaria pero no suficiente.....

¹⁴ En el mismo sentido STC 192/1.990, de 29 de noviembre. STC 15/1.989, de 26 de enero sobre derechos de los consumidores y usuarios. Se refiere también a la materia de productos farmacéuticos en el País Vasco.

¹⁵ STC 80/1.984, de 20 de julio.

¹⁶ STC 80/1.985 de 4 de julio.

¹⁷ STC 54/1.990, de 28 de marzo.

¹⁸ STC 67/1.996, de 4 de abril.

El carácter específico de la sanidad, dice el Tribunal Constitucional,¹⁹ respecto del plural de la defensa del consumidor determina que la regla del art. 149.1.1ª CE por su más amplio alcance, debe ceder a la regla más general, en este caso del art. 149.1.16ª de la propia Constitución. (Se refiere al etiquetado de los productos alimenticios sobre si puede ser o no disciplinado por una norma estatal en el ejercicio del título competencial referido a la Sanidad). Esto es, si la habilitación contenida en el art. 4.3 de la Ley 26/1.984 y su ejercicio a través del Real Decreto 1.122/1.989 configuran en su conjunto una norma merecedora de la condición de básica en materia sanitaria, tema que se resuelve afirmativamente.

El Tribunal Constitucional,²⁰ se refiere al art. 25.1 CE que incorpora una garantía de carácter formal relativa al rango necesario de las normas tipificadoras del ilícito administrativo y de su sanción expresando que en materia de sanciones administrativas tiene un alcance relativo permitiendo, a diferencia de la materia penal, un mayor margen de actuación al Ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones,²¹ y otra garantía de orden material y alcance absoluto que refleja la especial trascendencia del principio de seguridad.²² En este sentido la Ley 42/1.988,(en su art. 9.1) no respeta la referida exigencia de predeterminación normativa, aunque sí hace remisión a la LGS,(arts 32 a 37).²³

No queremos terminar este apartado sin hacer una referencia a lo que, desde mi modesto punto de vista, debiera ser una buena solución, en principio, a muchos de los conflictos competenciales. En efecto, estas distintas formas de contemplar el posicionamiento político y jurídico del Estado de las Autonomías conduce a una situación de permanente controversia que, digámoslo de entrada, no me parece negativa puesto que todo lo que sea tratar de resolver los problemas por la vía civilizada de la controversia ordenada y pacífica del Derecho y de los Tribunales es bueno pero mejor sería que los conflictos, en la medida de lo posible se redujeran al máximo.

¹⁹ STC 147/1.996, de 19 de setiembre.

²⁰ STC 212/1.996, de 19 de diciembre.

²¹ V. SSTC 42/1.987; 29/1.989; 83/1.990)

²² V. STC 305/1.993.

²³ A mi juicio este es un problema no resuelto todavía por el Ordenamiento jurídico de España. Me refiero al establecimiento de una cierta línea, que respondiera a un principio de certeza o de seguridad, de separación entre los ilícitos penales y los administrativos,(incluyendo los de naturaleza jurídico-laboral) y a la determinación de los límites cualitativos y cuantitativos de la sanción. Es un absurdo que en determinadas figuras delictivas,(y esto sucedía más en el Código penal Texto Refundido de 1.974) los implicados en un asunto de esta naturaleza prefieran la condena penal a la administrativa. Como es insostenible que en bastantes Leyes o Reglamentos se configuren como actuaciones ilícitas, comportamientos que inequívocamente son penales, hasta el extremo en que, a veces, la norma administrativa se refiere al que intencionadamente causare daños.....

Como estoy convencido de la rectísima intención de cuantas personas el Pueblo ha elegido para que le represente, es obvio que en este orden de cosas, y hablo en sentido muy general y sin precisión técnica, si el sistema jurídico que se trata de implantar, de acuerdo con los principios generales establecidos en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, se examina, dentro de esa franja inevitable de ciertas imprecisiones en los Textos Fundamentales, desde la perspectiva de que es mejor para los ciudadanos en razón a su eficacia, muchas dificultades desaparecerían.

Observando, entre otros, estos principios: El art. 149.1.1ª CE tiene establecido que el Estado tiene competencia exclusiva sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. Ello supone una especie de mínimo exigible en todo el territorio nacional. Que dichos derechos y deberes no se vean de hecho desaparecidos como consecuencia de normativas autonómicas.

Esto lleva consigo que este precepto con el resto del art. 149, leído paralelamente con el 148 y los Estatutos de Autonomía, no ya que una Comunidad Autónoma pueda orientar su autogobierno en razón de una política propia acerca de una materia de reserva estatal aunque, ello es obvio, participe en la determinación de tal política en virtud de la representación específica que las distintas Comunidades tienen en el Senado.²⁴

Esta idea es independiente del problema de la conveniencia o no de reformar la Constitución para reformar el Senado haciendo de él una Cámara de representación territorial.²⁵ Lo importante es que haya una voluntad política de consenso hasta unas determinadas cotas lo que no debe ser nada difícil.

La composición o el arreglo razonable en ese momento me parece preferible a la fórmula jurisdiccional del conflicto que tendrá que subsistir pero que puede, esa es al menos mi modesto punto de vista, reducirse muy considerablemente si se pone empeño en la fórmula.

Los problemas a nivel de Estado Central-Estado Autónomo, (no me canso de decir que tan Estado es uno como otro) son parecidos a las controversias que se producen a nivel de particulares. A veces, sin darnos cuenta, por nuestra condición humana, que no la perdemos cualquiera que sea el puesto que se desem-

²⁴ V. STC 35/1.982, de 14 de junio.

²⁵ Jimenez de Parga,(a) manifestó recientemente que la reforma del Senado, en el sentido que él señala, no precisa cambios en la Constitución. (a) Conferencia pronunciada en Córdoba el 3 de diciembre de 1.997 de la que da cuenta el "Diario de Noticias" de La Ley del 12 de diciembre de 1.997.

peña, el nivel de objetividad imprescindible para “conciliar” y “armonizar” y nos atenemos a criterios de defensa a ultranza de nuestras posiciones.

En muchas ocasiones, no ya la Comunidad Autónoma sino el Ayuntamiento es quien está en mejor situación para decidir con eficacia porque el problema lo tiene enfrente, al lado, está ahí, con él mismo. Si, en este sentido, no se olvidan los criterios de distribución de competencias y ese importante art. 149.1.1. todo puede resultar mejor.

3. EL PROBLEMA DE LA JURISDICCIÓN COMPETENTE.

Fontanilla Parra,²⁶ y otros autores, han planteado el importante problema de la jurisdicción competente, (cuando se trata de una actividad no constitutiva de infracción penal). La STS de 18 de enero de 1.997 estima que en estos casos, (Entidades gestoras de la Seguridad Social, en este supuesto el “Institut Catalá de la Salut”,) no actúan en el marco de la relación jurídico-pública pues ni se hallan dotadas de “ius imperium” ni ejercitan actividad de prestación de servicio público. Pero el problema, dice, está ahí porque no es descabellado sostener que, según los casos, puede ser competente la jurisdicción civil, la penal, la contencioso-administrativa o la social, lo que crea un problema de “peregrinaje de jurisdicciones” que, en principio, atenta contra el principio de certeza o seguridad jurídica del art. 9.3 de la Constitución.²⁷

La STS 1ª 6 de junio de 1.997 se refiere a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que ha instaurado, en principio, en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, el sistema de unidad jurisdiccional en favor de la jurisdicción contencioso-administrativa señalando que, sin embargo, para evitar el “peregrinaje procesal” debe reconocerse el derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas y a una tutela judicial efectiva. Se trataba de una mujer gestante que ante una situación derivada de un diagnóstico de alto nivel de riesgo, tanto para la madre como para el feto, acude a un Hospital en el que se le prescriben una serie de pruebas médicas entre las cuales figuraba la “amniocentesis”,(extracción de líquido amniótico). La prueba fracasó, no se noti-

²⁶ Fontanilla Parra, José Antonio: “Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica”.(Comentarios a la STS 1ª de 18 de enero de 1.997) En La Ley 13 de noviembre de 1.997, núm. 4.416.

²⁷ Como en mi opinión, el principio de certeza, que es el único que de verdad puede hacer efectivo el Ordenamiento jurídico, constituye la piedra angular del Ordenamiento jurídico, esta falta de determinación competencial atenta gravemente a dicho principio.

ficó a la madre tal evento hasta unos dos meses después, pero cuando lo supo ya no se podía interrumpir legalmente el embarazo, naciendo un niño con síndrome de Down, (mongolismo). Se cita la Sentencia de 6 de julio de 1.995 del Tribunal de 1ª Instancia de Luxemburgo en el que se contempla la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima que se extiende a todo particular que se encuentra en una situación de ordenar la defensa de sus intereses.²⁸

4. RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA.

a) Responsabilidad en General

Es evidente que cualquier sistema ha de basarse en primer lugar en el establecimiento de las líneas por las que ha de regirse e, inmediatamente después, en la determinación de las consecuencias que su incumplimiento puede acarrear en función de las circunstancias concurrentes.

En este sentido nos ha parecido que, acaso, pudiera ofrecer algún interés que en este primer encuentro del Curso examináramos, aunque sea a título de provisionalidad y de brevedad, algunos problemas íntimamente unidos con el tema central del mismo. Es una manera, a mi entender, de proyectar realidades, y realidades importantes, en la mesa de estas deliberaciones que seguirán a la exposición de las correspondientes Ponencias. También a estos temas se les anudan, por determinados especialistas, problemas de constitucionalidad.

Responsabilidad en General: Supuestos

En este sentido me parece que hay que distinguir perfectamente y con carácter previo, dos supuestos muy distintos:

1) Responsabilidad de los Hospitales, Sanatorios, Centros de Salud, Clínicas, etc, en relación a lo que con un carácter muy general, que exigiría nuevas precisiones, que no tenemos tiempo de hacer, podríamos denominar responsabilidad por el mal funcionamiento de la correspondiente actividad de una persona jurídica o moral.²⁹

²⁸ La STS 1ª de 21 de julio 1.997 sobre Responsabilidad directa y objetiva del Insalud por daños a paciente tras intervención quirúrgica. Aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios, (responsabilidad por hecho ajeno, del párrafo 4º del art. 1.903 del Código civil). Se hace referencia a la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual.

²⁹ Aquí habría que examinar el tema, todavía no resuelto, de si a las personas jurídicas les puede ser atribuida una responsabilidad penal. En este sentido, el Consejo de Europa se pronunció favorablemente tras una serie de estudios por parte de los expertos en los que tuve el honor de encontrarme en representación de España. A las correspondiente Recomendaciones me remito.

Con toda evidencia si se trata de una “lesión” que sea consecuencia del funcionamiento de los correspondientes servicios públicos de la Sanidad, de acuerdo con el art. 106.2 CE cabe exigir responsabilidad a través de la oportuna indemnización.³⁰

El Tribunal Constitucional,³¹ dice que la presunta infracción del párrafo 2º del art. 106 CE... que plantean todas las resoluciones que han dado lugar a las cuestiones de inconstitucionalidad, es inexistente ya que la actividad legislativa queda fuera de las previsiones del citado artículo constitucional referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto este en que no cabe comprender la función del legislador.³²

En este sentido hay que remitirse a la Ley 30/1.992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (arts 102 y ss; 139 y ss y Disposiciones Adicionales 10 y 11).

Cuando se trata de un servicio que prestan los particulares, el tema alcanza la misma solución aunque se aplique, como se aplica, según en que casos a los servicios públicos, el art. 1.903 del Código civil. La STS 1ª 815/1.997 se refiere a la responsabilidad del Insalud por culpa “in vigilando” en Ginecología. Se trataba del Hospital Clínico Universitario de Zaragoza en una de cuyas intervenciones quirúrgicas se produjo el desprendimiento de un tornillo durante la operación que quedó alojado, por mal funcionamiento del servicio, en el cuerpo de la paciente. Se absuelve al Cirujano que actuó con arreglo a las normas de la “lex artis ad hoc” pero se declara la responsabilidad del Insalud por culpa “in vigilando” al no identificarse al personal obligado a verificar el buen estado de los materiales quirúrgicos. El daño se atribuye al mal estado y a la “desidia” en la conservación del instrumental necesario para la intervención, concediéndose una indemnización de dos millones de pesetas.³³

La STS 1ª de 30 de mayo de 1.997 condena al Insalud y absuelve a los tres médicos demandados aplicando la teoría de la responsabilidad por defectuosa asistencia sanitaria: indemnización por pérdida de mama y gastos de cirugía para su restitución plástica, perjuicios estéticos y psicológicos, seis millones de pesetas.

En mi opinión, a salvo supuestos muy excepcionales, no previsibles, cada día menos, a consecuencia de los avances tecnológicos,³⁴ los casos que encerramos en el concepto de responsabilidad objetiva o cuasiobjetiva o por riesgo, serán

³⁰ Como sabemos sólo se excluye de este tipo de responsabilidades la función de legislar.

³¹ STC 127/1.987, de 16 de julio.

³² Doctrina esta que reiteran las SSTC 70/1.988, de 12 de abril y 65/1.990, de 5 de abril.

³³ Tomado de “Actualidad de Derecho Sanitario” núm. 33 noviembre de 1.997. Ref. 129.

³⁴ Si se pudieran tener todos los datos la Meteorología no se equivocaría nunca.

inscribibles, en el futuro en la responsabilidad por culpa. Lo que sucede es que en la actualidad ésta en muchas ocasiones no se puede probar en relación con una o varias personas físicas y entonces es de absoluta justicia, que el daño deba ser resarcido por aquel que se “benefició” de la máquina, artefacto o servicio generador de una ganancia, utilizando la expresión en un sentido muy general y amplio.

2) Responsabilidad de las personas físicas con o sin responsabilidad subsidiaria, (con independencia del tema de la solidaridad de los correspondientes responsables),³⁵ de otras personas físicas o jurídicas, de las cuales se plantea en la actualidad, como ya vimos, el problema de si pueden o no delinquir aunque el enfoque que se le dé al tema tiene más importancia teórica que práctica con independencia del impacto social que la declaración de responsable penal de una persona jurídica tiene en la vida comunitaria porque en uno u otro caso.-responsabilidad civil o penal “sui generis” producirá, respecto del perjudicado la misma consecuencia. No así en cuanto a las medidas, (o penas) a adoptar contra la persona jurídica que por otra parte tampoco son especialmente divergentes si se toma en consideración la existencia de un Derecho Administrativo sancionador.

b) Responsabilidad Civil

La responsabilidad civil es aquella que establece a cargo de una persona y en beneficio de otra, un deber de indemnizar daños y perjuicios, materiales y morales, con o sin limitación legal cualitativa o cuantitativa, a consecuencia de una actuación antijurídica, con o sin culpa del primero.³⁶

Puede ser contractual cuando entre estas dos personas existe un vínculo de esta naturaleza y extracontractual, en los demás casos. También puede nacer de la comisión de un hecho que constituye una infracción penal, (delito o falta).³⁷

Una STS 1ª de 21 de julio de 1.997 establece una responsabilidad directa y objetiva del Insalud por daños a paciente tras intervención quirúrgica. Se aplica

³⁵ Si el acto generador de la responsabilidad es ilícito extracontractual, si aquella es atribuible a varios será solidaria porque así lo exige la misma estructura de la institución y la aplicación del principio que rige en la ilicitud penal en el Código punitivo.

³⁶ Martínez Calcerrada, Luis. Además de sus importantes aportaciones doctrinales al campo del Derecho Médico podemos añadir por ser tan reciente y brillante Ponencia que desarrolló en el IV Congreso de Derecho Sanitario sobre “Aspectos civiles” de la responsabilidad médica.

³⁷ Díez Picazo, (a) estima que la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual no tiene razón de ser y a sus acertadas consideraciones me remito, algo que también ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo. (a) “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” tomo I. Ed. Tecnos. Madrid 1.979, pg. 385).

Como ya he indicado tal vez fuera deseable construir una teoría general unitaria de las obligaciones donde su origen solo serviría, en principio, para llenar sus respectivos contenidos.

la Ley de Consumidores y Usuarios y se hace referencia a la responsabilidad por hecho ajeno del párrafo 4º del art. 1.903 del Código civil, hablándose también de la objetivación creciente de la responsabilidad extracontractual.

Ahora bien, teniendo en cuenta la cada día mayor aproximación entre ambos tipos de responsabilidades no hay inconveniente en tratar de construir una teoría general unitaria de la responsabilidad en general, aunque dentro de ella se puedan luego establecer determinado tipo de especificidades.³⁸

Para que haya responsabilidad civil en el campo del ejercicio de la Medicina es necesario:

1) Un acto médico imprudente. Ello implica que se de una acción u omisión, (a estos efectos son equiparables) llevada a cabo con ocasión del ejercicio de la Medicina y que sea contrario a las reglas escritas o del buen hacer profesional, es decir a la llamada regla “lex artis ad hoc”.³⁹

Lo que el Médico, (repetimos que se utiliza la expresión en sentido amplio comprendiendo todas las especialidades y obviamente la de la Cirugía en cualquiera de sus muchas e importantes manifestaciones) es, en definitiva, una puesta a disposición del paciente de su saber profesional, sin que jamás se pueda garantizar el éxito de su actuación, bien sea médica o quirúrgica. Por ello se ha dicho y repetido que la relación, contractual o extracontractual que une al profesional de la Medicina con su paciente, o con sus familiares, es de servicio y no de resultado. Por ello, Sophie Jacquot David,⁴⁰ dijo con acierto, que ningún médico digno de este nombre y sin duda, jamás, podrá certificar o garantizar que va a curar al enfermo que va a tratar.⁴¹

³⁸ No me parece que tenga verdadera justificación un trato diferenciado al menos en determinados aspectos: por ejemplo en orden a la prescripción. Si, en cambio, en orden a la cuantificación de la indemnización puesto que en la responsabilidad contractual pueden existir pactos de eliminación o de disminución de la responsabilidad, dentro de los límites que, de acuerdo con nuestro Ordenamiento jurídico ha establecido la jurisprudencia.

V. en terminos muy superficiales el tema en Ruiz Vadillo/ Zuloaga Artcaga:”Introducción al estudio teórico-practico del Derecho Civil”. con prólogos del Profesor Hernandez Gil. 18 edición Ochoa Logroño. (agotada)

³⁹ Pensemos en la fórmula estereotipada, que es un concepto indeterminado, del Derecho romano de la diligencia del buen padre de familia que ha quedado en el Derecho romano como tipo de diligencia del buen profesional en cualquier campo de las actividades humanas.

⁴⁰ Citada por Ruiz Vadillo, Enrique en su trabajo “La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la Medicina” En Actualidad Penal, núm. 27 de 1.994,(Semana del 4 al 10 de julio).

⁴¹ En algunos casos esta garantía,(en el supuesto de tratamientos contra el exceso de vello) ha dado lugar a que se calificara, tras su fracaso y no cumplimiento de la indemnización convenida, de estafa.

Es verdad que cuando se trata de la Cirugía que pretende embellecer o paliar la fealdad del rostro o de una parte del cuerpo humano, con toda la carga de subjetivismo que ello comporta, la relación Cirujano-Persona que va a ser intervenida, (que no es propiamente un enfermo, pero que a estos efectos se puede y debe considerar como tal) se aproxima mucho al contrato de obra, es decir a aquel en el que la prestación se lleva a cabo en función no del servicio que se presta sino del resultado que se obtiene que es el comprometido. Aquella persona que quiere modificar el perfil de su nariz en un determinado sentido, (y los casos son muy frecuentes no solo en este aspecto sino en otros muchos) y se pone en contacto con un Cirujano especialista en Cirugía estética, plástica o embellecedora y este le enseña fotografías del antes y del después, es decir de como quedará el órgano intervenido, si el resultado final, sin causa suficiente que justifique el cambio, en nada se parece al ofrecido tendrá que indemnizar, teniendo en cuenta que, además, como este tipo de operaciones quirúrgicas no tiene caracteres de urgencia, las medidas a tomar y las consideraciones previas: analíticas, comprobaciones de otro tipo, etc pueden ser, de alguna manera exhaustivas.⁴²

En este orden de cosas, la STS 1ª de 28 de junio de 1.997 contempla el fallecimiento de un paciente como consecuencia de una intervención quirúrgica de cirugía estética. Los deberes profesionales y asistenciales de todo cirujano no quedan agotados o cumplidos plenamente con la terminación de los actos integrantes de la intervención quirúrgica propiamente dicha, por muy correctamente que esta haya sido realizada sino que se extiende necesariamente también a tratar de solventar las posibles complicaciones que puede presentar el intervenido en la fase del postoperatorio.⁴³

Aunque luego insistiremos en ello, el deber de información en los supuestos de medicina de carácter voluntario se acentúa; así en los supuestos de mejoramiento del aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica- la actividad sexual- en forma tal que no se tenga que acudir a otros medios anticonceptivos fuera de la operación quirúrgica de ligadura de trompas en el supuesto a la que se sometió la paciente en el que el contrato se aproxima a un arrendamiento de obra, (STS 1ª de 25 de abril 1.994) en sentido contrario, a los casos que podemos llamar “normales” en los que, como también se dijo, se trata de una obligación de medios y no de resultado. (STS 1ª 27 de junio 1.997).

⁴² V. Martínez-Pereda Rodríguez, José Manuel: “La cirugía estética y su responsabilidad”. Editorial Comares. Granada 1.997 con prólogo de Enrique Ruiz Vadillo.

⁴³ Como ya dijimos el contrato que tiene por único objeto la realización de una operación de cirugía estética participa, en gran medida, de la naturaleza del contrato de arrendamiento de obra en el que la prestación viene representada por el resultado comprometido.

En el otro extremo están las operaciones que se denominan “ a vida o muerte”, esto es, en los supuestos de determinados accidentes cardiovasculares, lesiones gravísimas producidas en un atentado o con motivo de la circulación de vehículos a motor, o de un accidente de trabajo, etc, en las que la urgencia elimina por completo, o en último término, las atenua muy considerablemente en función de esa gravedad, las exigencias previas a toda intervención quirúrgica.

Por ello, sin duda, la STS 1ª de 11 de marzo de 1.991 entiende por “lex artis ad hoc” aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia y arte médico, que tiene en cuenta las específicas características de su autor, de la profesión, -y especialidad, añadido, la complejidad del acto y la trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de factores endógenos, estado e intervención del enfermo, de sus familiares y de la propia organización sanitaria, para calificar el acto conforme o no a la técnica normal.

2) Un daño que puede consistir en la pérdida de la vida o en una alteración negativa de las funciones corporales por amputación o ablación indebida de un miembro, por pérdida funcional, por indebido alargamiento del proceso morbido o de enfermedad, esto es de la patología y, por consiguiente, de la curación, problema al que luego nos referiremos en orden a la cuatificación económica de la correspondiente indemnización,⁴⁴ 3) Relación de causalidad entre el acto médico-imprudente- y el resultado dañoso, tema al que habría que dedicar mucho tiempo por ser esencial en orden a la determinación de las correspondientes responsabilidades.

La relación de causalidad ha de contemplarse tomando como patrón o test de existencia, un criterio de “normalidad” esto es de eficiencia, conforme a criterios aceptados socialmente. Se rompe la relación causal, (que se aleja por completo de la teoría de Stuart Mill: el que es causa de la causa es causa del mal causado) cuando interviene el propio damnificado o un tercero con dolo o culpa que de esta manera rompe el encadenamiento causal. Por ejemplo el enfermo desea prolongar su baja y se infecta la herida, o estando entubado, un tercero arranca todas las conexiones o cuando es conducido a otro Centro sanitario, la ambulancia que lo traslada sufre un accidente por imprudencia del conductor o de otro que circulaba en dirección contraria, sufriendo la persona conducida un empeoramiento que le produce un cambio radical en el cuadro hasta entonces existente o, incluso, la muerte.

Esta es la razón de que cada una de estas situaciones haya de ser estudiada con tanta meticulosidad y detalle. La Sala Primera del Tribunal Supremo, siempre vanguardista en la defensa de la justicia y, por consiguiente, en la construcción de aquellas teorías que facilitaban en cada momento su efectividad, (recor-

⁴⁴ En la Revista Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 30 julio-agosto de 1.997, Ref. 70 se informaba: El daño, factor objetivo para que la Administración responda por el Médico,,lo que resulta obviamente, congruente con la lógica.

demos su posicionamiento en orden a los contratos de adhesión, por ejemplo) elaboró una doctrina en virtud de la cual la responsabilidad por culpa que contempla el art. 1.902 del Código civil se transformó en una modalidad de responsabilidad objetiva, cuasiobjetiva o por riesgo, en la que la norma relativa a quien ha de incumbir la prueba, (el llamado “onus probandi”) se alteraba y se invertía en perjuicio del causante del daño porque en otro caso, el más “debil”, el más necesitado de protección quedaba al margen de esta.

Pero esta doctrina no se aplicó a los profesionales de la Medicina y no, ello es evidente, por razones de privilegio que no hubiera sido justo y que en la actualidad sería hasta inconstitucional, sino en razón a la propia naturaleza de la actividad de los Médicos de tal manera que es al paciente a quien corresponde probar el nexo causal entre la acción y el resultado y el reproche culpabilístico.⁴⁵

Ahora bien, es evidente que, como casi todos los principios generales, este admite excepciones, entre ellas cuando se aplica la doctrina de la llamada culpa virtual a la que se ha referido el profesor Ricardo de Angel Yagüe, uno de los grandes especialistas en la materia. Es decir existen casos en los que la idea de proporcionalidad en el esfuerzo de la prueba permiten alterar el principio general antes expuesto y defendido por el Tribunal Supremo desde hace muchísimos años con gran acopio de argumentos serios y contundentes.

La STS 1ª de 18 de enero de 1.997 dice respecto de la inversión de la carga de la prueba: No obstante ser la profesión médica una actividad que exige diligencia en cuanto a los medios que se emplean para obtener la curación o sanación adecuadas, según la “Lex artis ad hoc”,⁴⁶ no se excluye la presunción desfavorable que puede generar un mal resultado cuando éste por su desproporción,⁴⁷ con lo que es usual comparativamente según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente penuria negligente de los medios empleados según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar o el descuido en su conveniente y temporánea utilización.

En este sentido, Fontanilla,⁴⁸ se refiere al principio “res ipsa loquitur” a tenor del cual cuando el daño no puede producirse sin la concurrencia de culpa,

⁴⁵ En este sentido una extensísima doctrina jurisprudencial citada por el autor de este trabajo en el trabajo ya citado “La responsabilidad civil y penal de los profesionales de la Medicina” publicado en Actualidad Penal, núm. 27 de julio de 1.994.

⁴⁶ A la que en tantas ocasiones y con tanto acierto se ha referido el profesor y magistrado Luis Martínez Calcerrada.

⁴⁷ La expresión “desproporción” es bien significativa y no necesita de mayores aclaraciones.

⁴⁸ Fontanilla Parra, José Antonio: “Algunas cuestiones relativas a las reclamaciones derivadas de mala praxis médica”.(Comentarios a la STS 1ª de 18 de enero de 1.997)En “La Ley” 13 de noviembre de 1.997, núm. 4.416.

ha de ser el demandado quien acredite haber actuado de forma diligente para evitar que se de por probada su actuación culposa ya que “el hecho o la cosa hablan por si mismos”.⁴⁹

A mi juicio, en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha dado un giro a su doctrina sino que en la dirección ya marcada con anterioridad, ha llevado a cabo algunas modulaciones, sin duda importantes.⁵⁰

El tema es extraordinariamente trascendente y sin duda preocupante porque, como ya indicamos, determinar con claridad los perfiles de la responsabilidad pertenece al campo de la certeza o de la seguridad jurídica.⁵¹

Los problemas son muchos y muy complejos y, en ocasiones, son comunes a la responsabilidad civil y penal. Pensemos, por ejemplo, en el supuesto de un equipo de médicos, como en determinadas circunstancias es frecuente. Hay un jefe de equipo y muchos colaboradores, unos facultativos, (cirujanos, tal vez algún especialista en aparato digestivo, pongo por caso, anestesiólogo etc) y otros no, (enfermeras, etc) Si se produce una imprudencia ¿quien será el responsable?. Depende: por ello ha dicho el Tribunal Supremo, sobre todo en la Sala Penal que es definitivamente importante el estudio muy pormenorizado e individualizador de las conductas intervinientes.

49 V. Fernández Costales: “Responsabilidad civil médica y hospitalaria”. Ed. La Ley 1.987. También STS 1ª 25 de abril de 1.994.

50 STS 1ª 20 de marzo de 1.997: El alta prematura e condenable por omisión de asistencia sanitaria. Paciente con diagnóstico claro de colicistitis aguda que es remitido a su domicilio sin asistencia médica.

STS 1ª 1 de julio 1.997: Hay que indemnizar todo el daño y probar que el acto fue correcto: Amputación de pierna por infección quirúrgica de pseudomonas aeruginosas. Culpa basada en omisión de prevenciones y “conducta activa” para evitar la infección.

STS 1ª 9 de junio de 1.997. Responsabilidad objetiva. Servicio de urgencias. Negligencia por grave omisión de medidas rutinarias elementales: falta de control a la práctica del recuento de plaquetas, de diagnóstico objetivado y de remisión a especialista del aparato digestivo.

⁵¹ Ruiz Vadillo, Enrique: La jurisprudencia civil sobre la responsabilidad médica”. En Rev. Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 31 setiembre de 1.997.

La STS 1ª de 7 de abril de 1.997 dice: La demora y la mala gestión de las camas no exime de responsabilidad a médico y hospital.

STS 1ª 9 de junio de 1.997: El error de diagnóstico no obliga al Estado a indemnizar. La culpa objetiva solo surgiría de demostrarse “de forma clara y contundente”, la escasez de medios. (Se aplica la doctrina de la STS 1ª de 13 de octubre de 1.995 sobre “escasez de medios”).

La STS 1ª de 28 de junio de 1.997, (que podríamos incorporar al capítulo de la cirugía estética establece la responsabilidad del cirujano por no informar al resto del equipo. Se trata de un “lifting”).

c) Responsabilidad Penal.

El problema en estos casos alcanza ya unos perfiles mucho más graves y complejos. ¿Cuándo incurre en responsabilidad criminal un médico o cirujano o una persona física integrada en la Sanidad Pública o Privada?.

En principio, ninguna especialidad habría que considerar: cuando su comportamiento sea subsumible en una norma penal. Pero las dificultades surgen cuando se trata de precisar más y establecer un cuadro medianamente seguro en este orden de cosas.⁵²

El magistrado Joaquín Delgado,⁵³ ha establecido en relación con la responsabilidad penal, lo siguiente: 1º Repercusión que el incumplimiento por parte del Médico respecto del deber de obtención del enfermo de un consentimiento debidamente informado puede tener en el ámbito penal y 2ª Responsabilidad penal que puede existir en relación con otro deber del médico relativo a la llamada información terapéutica.

Para que haya exención de la responsabilidad penal es necesario 1) Que sea realizada la actividad imprudente por un facultativo debidamente titulado, (si falta se dará un delito de intrusismo del art. 403 del CP 95). 2) Que se haya obtenido el consentimiento del enfermo, (si falta puede haber un delito de coacciones, de detención ilegal y un delito de lesiones o de homicidio doloso y 3) Observar las reglas propias de la profesión, (“lex artis”). Excepción: si el estado del paciente no admite la obtención del consentimiento.⁵⁴

⁵² Evidentemente hacemos abstracción de aquellos supuestos que aunque producidos con ocasión del ejercicio profesional de la Medicina no son actuación médica en sentido estricto. Por ejemplo, la alteración dolosa de un certificado que se castiga con multa de tres a doce meses, (art. 397 Código penal: CP95) o la alteración de la verdad en un documento si se es autoridad o funcionario público. (art. 390 modalidad dolosa y 391, culposa).

⁵³ Delgado García, Joaquín: En su trabajo “Aspectos penales” de “La sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales” En el Congreso de Derecho Sanitario 1.997.

⁵⁴ Joaquín Delgado al referirse a la doctrina científica recuerda la posición de quienes entienden que nunca habrá delito por tratarse del ejercicio de una profesión, (art. 22.7 CP 95). Si se coloca el dolo en el tipo, (finalismo) faltaría dicho tipo y si se sitúa en la culpabilidad faltaría ésta, (Vives Antón).

También hace estas distinciones:

1ª cuestión: si no tiene título pero actúa correctamente, habrá solo intrusismo.

2ª cuestión: Consentimiento sin la debida información, (art. 10.5 y 6 de la Ley 14/1.986 - LGS). Si se obtiene consentimiento para una determinada intervención, (por ejemplo, prostata) y aparece después otra patología, habrá, dice, responsabilidad civil.

3ª cuestión: Si no hay consentimiento distingue si se producen o no lesiones, en este último caso habrá delito doloso con cita de la STS 2ª de 26 de octubre de 1.995.

Con varias de estas afirmaciones, y lo digo dentro del respeto que me merece este autor, y querido amigo y compañero, extraordinariamente valioso, no estoy de acuerdo, el lector obtendrá, si le parece sus conclusiones, con la lectura de este trabajo.

A nosotros nos preocupa, como en general a todos, los supuestos de imprudencia.⁵⁵

En todo caso, la reforma de 1.995 en este sentido, no ha producido grandes cambios fuera del ya anotado de supresión de la clausula general de punibilidad del viejo art. 565 del CP Texto Refundido de 1.973.(con el 586 bis y 600) y por tanto de la concreta tipificación de cada uno de los supuestos.

Digamos también que la palabra temeraria referida a la imprudencia que situaba el viejo Código en estas infracciones ha sido sustituida por la de imprudencia grave y la llamada simple imprudencia es hoy imprudencia leve.

Imprudencia grave. Se produce cuando se actúa con olvido de los más elementales criterios de prudencia, de sensatez, de equilibrio, del cuidado propio de la actividad que se realiza, mayor por consiguiente cuando más graves consecuencias se puedan derivar de aquélla.

Como ha dicho la jurisprudencia del Tribunal Supremo es imprescindible el examen riguroso y pormenorizado de cada caso siendo muy arriesgado llevar a cabo generalizaciones que casi siempre resultan peligrosas. Habrán de tomarse en consideración las circunstancias de tiempo, de lugar, de situaciones y de personas.

Imprudencia leve. Existe cuando el descuido, la desatención, la negligencia no alcancen la intensidad a la que antes hacíamos referencia.

Con estos dos parámetros: imprudencia grave y leve y el dato del resultado, el legislador ha construido las figuras penales a las que a continuación vamos a hacer una brevísima referencia:

Imprudencia grave con resultado de muerte: Delito. (art. 142) que se castiga con pena de prisión de uno a cuatro años.⁵⁶

Imprudencia grave con resultado de lesiones: Delito,(art. 152) a la que se asocian las penas correspondientes en función del resultado producido.⁵⁷

⁵⁵ Por lo pronto, el art. 12 del CP95, con todo acierto porque ha configurado el principio de legalidad esencial en el campo penal de manera muy especial, con toda precisión evitando ambigüedades e incertidumbres intolerables, dice: Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley.

⁵⁶ Como reo de homicidio imprudente.

⁵⁷ Arresto de 7 a 24 fines de semana si se trata de lesiones del art. 147.1: si requiere objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Prisión de 1 a 3 años si se trata de lesiones del art. 149: Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad o una grave enfermedad somática o psíquica.

Prisión de 6 meses a 2 años, si se tratare de las lesiones del art. 150: Inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad.

Cuando el homicidio fuere cometido por imprudencia profesional se impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por periodo de tres a seis años, (art. 142.3). Si se trata de lesiones cometidas por imprudencia profesional, la inhabilitación lo será por un periodo de uno a cuatro años. (art. 152.3).⁵⁸

En todo caso hay que destacar que, conforme al art. 156 del Código penal de 1.995, el consentimiento válido, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de transplante de órganos, efectuado con arreglo a lo dispuesto en la ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales. Sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el Juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa declaración del incapaz.⁵⁹

El artículo 157 tipifica como delito, el comportamiento consistente en que por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica... y en el siguiente artículo, el 158 se castiga esta misma conducta cuando se realiza por imprudencia grave. Cuando los hechos descritos en el artículo anterior fueren cometidos por imprudencia profesional se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de dos meses a dos años.

El art. 159 dice: 1. Serán castigados con la pena de prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de

⁵⁸ De acuerdo con el art. 45 CP la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho, que ha de concretarse expresa y motivadamente en la sentencia, priva al penado de la facultad de ejercerlos durante el tiempo de la condena.

Esta es, sin duda, una de las consecuencias más graves y trascendentes de una condena penal en los términos que acabamos de señalar.

⁵⁹ Ley 35/88, de 21 de noviembre, de reproducción asistida humana, modificada por la Disposición final 3ª del CP 95; Ley 48/88 de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos; Ley 30/79, de 27 de octubre sobre extracción y trasplantes de órganos, Circular 2/90 de la Fiscalía General del Estado y jurisprudencia del TC.

“Comentarios al Código penal” de Tapia, dirigidos por Candido Conde- Pumpido Ferreiro, redactados en estos artículos por Enrique Ruiz Vadillo.

siete a diez años los que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves, manipulen genes humanos de manera que se altere el genotipo. 2. Si la alteración del genotipo fuera realizada por imprudencia grave la pena será de multa de seis a quince meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio de uno a tres años.⁶⁰

En relación con las faltas penales, el artículo 621 señala lo siguiente:

1. Los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el apartado 2 del art. 147, serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

2. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona serán castigados con la pena de multa de uno a dos meses.

3. Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, serán castigados con pena de multa de quince a treinta días.

.....

6. Las infracciones penadas en este artículo sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Jurisprudencia. Unas muy breves consideraciones sobre la conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo.

La STS 2ª de 8 de junio de 1.994 recuerda que la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre grandes dificultades por que la Ciencia es inexacta por definición: concurren en ella factores y variables totalmente imprevisibles que provocan serias dudas sobre las causas determinantes del daño, a lo que se debe añadir la necesaria libertad del Médico que nunca debe caer en audacia o aventura.

Téngase en cuenta que la jurisprudencia de manera constante y rectilínea ha manifestado que el simple error científico o el diagnóstico equivocado, cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad no es inculparable, vía delito, que tampoco lo es cuando al facultativo no le es exigible una especialización cualificada, que lo decisivamente importante es el actuar irreflexivo o la falta de adopción de cautelas de generalizado uso o a la ausencia de pruebas, investigaciones o verificaciones precisas como imprescindibles para seguir el curso del estado del paciente y por tanto el acento ha de ponerse en el abandono, la negligencia y el descuido en la atención que aquel requería.⁶¹

⁶⁰ También aquí han de tenerse muy presentes las Leyes citadas de Reproducción Asistida y de Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos.

⁶¹ V. SSTS 2º de 14 febrero 1.991 y 4 de setiembre del mismo año y 12 marzo de 1.990.

Naturalmente no es este el momento de hacer un estudio pormenorizado en relación con las especialidades médicas sobre cuyo problema existen monografías magníficas a las que nos remitimos y una Revista que con especial atención se dedica de manera muy preferente a este tema.⁶²

También se puede producir la imprudencia penal por prescripción y dispensación de un adelgazante nocivo se manera inmotivada. Se habla así, en la S. Audiencia Provincial de Albacete de 20 de junio de 1.997 de error vencible del médico al poder conocer la composición de las pastilla con sustancias estimulantes como clordia cepóxido y bumetadina.

d) La cuantificación económica de la indemnización: el futuro

Una vez más me parece obligado hacer una referencia a este tema que ofrece un interés extraordinario y he de hacerlo expresando de manera lo más clara posible que mi postura en este orden de cosas no es la de defender este o aquel modelo de sistema de baremos o de tarificación porque no tengo autoridad, es decir conocimientos, para hacerlo, sino la de inclinarme decididamente por un sistema de armonización de las indemnizaciones sobre las que he escrito y hablado mucho. Quiero decir que lo que no me parece de recibo, nunca me lo ha parecido, menos aún hoy con un intercambio de noticias tan extraordinariamente amplio, por fortuna, es que, aún partiendo, como parto, de la más absoluta de las rectas intenciones y del mayor y mejor caudal de sensibilidad de los jueces, que cada uno de ellos, en una materia tan etérea como es la valoración de la vida humana y del daño corporal, sin un elemento rector como ocurre ya en la mayor parte de los ordenamientos, pueda discrecionalmente decidir la cuantía indemnizatoria que cuando se examinan en su conjunto dan lugar, sin duda, a evidentes y muy graves desigualdades.

En la mayor parte de los Estados el problema está resuelto por unas u otras vías; es lo de menos, lo importante es que se produzca un auténtico equilibrio.

Para mí, y tal vez esté equivocado, sería muy importante, cuanto antes, llevar a cabo por una Comisión Interdisciplinar de verdaderos Expertos en el campo de la Medicina, de la Psicología, Sociología, Economía y, por supuesto, Juristas, un estudio de los problemas que se plantean y ofrecer los resultados a quienes

⁶² "Actualidad de Derecho Sanitario" de la que con carácter honorífico, ello es obvio, presido el Consejo de Redacción.

como representantes del Pueblo han de decidir a través del correspondiente Ministerio.⁶³

5. OTROS PROBLEMAS.

a) *El consentimiento informado*

Como no se trata de hacer un estudio exhaustivo del tema y siguiendo la tónica de esquematización que he pretendido dar a este trabajo he de señalar que siendo verdad que el enfermo debe recibir una información sobre el tratamiento o la intervención a que ha de ser sometido, la naturaleza y la intensidad de la información han de depender de muchos factores.⁶⁴

63 El esquema, que provisionalmente, me parece adecuado podría ser este:

- I Que la Ley sea en todo conforma a la Constitución.
- II Que se examine si debe ser Ley Organica.
- III Que abarque todos los supuestos de pérdida de vida humana daño corporal. Cualquiera que sea su naturaleza: dolosos y culposos y dentro de estos todos los accidentes. Seguramente sería oportuno examinar si el daño moral debiera incrementarse en los supuestos dolosos.
- IV Estudio de quienes hayan de estar legitimados para solicitar y, en su caso obtener, indemnización. Un círculo desde luego cerrado, pero no tanto como el que se ha construido en la Ley vigente.
- V Modificar ampliamente la cuantía de las indemnizaciones en supuestos de incapacidad transitoria. Una cosa es evitar los fraudes y otra que imperce la mezquindad.
- VI Examen muy detenido de que es lo que debe suceder cuando se trata de una pluralidad de lesiones supuesto en los que debe imperar, en mi opinión, un criterio de multiplicación y no de suma.
- VII Determinación muy precisa de cuales son los efectos de cada lesión, se trate de pérdida funcional u orgánica de un miembro o de otra naturaleza. Según los especialistas, en actualidad, algunos supuestos, son verdaderamente lamentables.
- VIII Determinación de cual haya de ser la facultad discrecional de los jueces. A mi entender debe ser doble: En el recorrido de los puntos: de tantos a tantos y despues en la posibilidad de llevar a cabo una cierta corrección del resultado, con un más/menos 10/15%.
- IX Exigencia de motivación muy precisa, si el juez estima que el supuesto exige una solución distinta,(tema a considerar).
- X Estudio de los supuestos de los grandes invalidos. Y dentro de él, el tema de la modalidad indemnizatoria: capital, renta, sistema mixto y garantías asociadas así como posibilidades de revisión.

64 Barreda García, Armando A.: "El consentimiento del paciente para ciertos tratamientos", (Sentencia de la Sala 1ª del TS de 12 de julio de 1.994). En "Cuadernos de Política Criminal" núm. 62 donde continúa su espléndida tarea de examinar con meticulosidad y acierto los problemas del Derecho Médico en muchas de sus manifestaciones.

De Lorenzo y Montero, Ricardo de y Sanchez Caro, Javier: "Consentimiento Informado". En Plan de Formación en Responsabilidad Legal Profesional. Asociación Española de Derecho Sanitario, completísimo trabajo que recoge 1. Consentimiento informado: consentimiento e información. 2. Requisitos del consentimiento informado. 3. Excepciones. 4. Revocación del consentimiento. 5. El consentimiento informado ante la jurisprudencia y un Anexo que contiene la Recomendación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre Consentimiento y finalmente una muy amplia bibliografía.

Entre ellos, el nivel cultural, las condiciones psicofísicas del paciente, la circunstancia de si existen o no alternativas serias al tratamiento u operación que se va a desarrollar, etc. En este sentido en alguna ocasión he puesto ejemplos prácticos vividos en la realidad.

La STS 1ª de 5 de marzo de 1.997 dice: La información al familiar se refuerza en supuesto de enfermos psíquicos. Si en algún caso hay obligación de informar es el supuesto de enfermedades psiquiátricas por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conlleva y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse si quien puede no informa.

Loógicamente, el derecho a la información y el consentimiento del paciente son aspectos de una misma cosa,⁶⁵. No se puede consentir lo que no se conoce. Nadie puede decir sensatamente sí o no a algo que no conoce o que no conoce suficientemente.

Por ello, y me remito a los trabajos que sobre este tema he escrito, debiéramos hablar, en definitiva, de la obligación de informar “lo necesario”. Nada más. Sobre todo cuando existen varios caminos y se puede seguir uno u otro. Ahí es donde puede estar la imprudencia médica desde la perspectiva de la falta de información al paciente de los riesgos de un tratamiento o de una intervención quirúrgica. Se puede optar por una intervención quirúrgica o por un tratamiento médico. Habrá que decir las posibles consecuencias de uno y otro, sus logros, a corto, medio y largo plazo. Pero no todo es fácil porque tal vez frente a una situación como la que estamos describiendo, no todos los especialistas mantendrán el mismo criterio. ¿Qué debe hacer el cirujano, explicar no solo su punto de vista sino también el de sus colegas? y ¿hasta dónde?.

En resumen, la información habrá de producirse cuando de ella dependa la decisión libre del paciente, todo dentro de unas amplias coordenadas. En otro caso se podría también alegar que el consentimiento estuvo viciado por error;⁶⁶ Si yo hubiera sabido más cosas tal vez no me hubiera operado.

Lo repito mucho, y tal vez esté equivocado: No se puede, no se debe hacer de la Medicina una actividad rodeada de riesgos por todas partes para el profesional. Por ello, y esto lo veo cada día más claro, la responsabilidad del Médico y de sus colaboradores debe situarse allí donde hay negligencia, abandono, descuido, falta notoria de interés, pero no donde existen equivocaciones explicables, sean errores de diagnóstico o de terapia.

Galán Cortes, Julio Cesar: “El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios” Ed. Colex 1.997. Monografía que tuve la satisfacción de prologar y que ofrece una perspectiva muy interesante pues el autor es Médico y Abogado.

⁶⁵ Retuerto Buades, Margarita: “El derecho a la información y el consentimiento del paciente”. En “La responsabilidad de la Junta de Andalucía, de los profesionales y de la Administración Sanitaria”. 1.994.

⁶⁶ Artículos 1.261 y 1.266 del Código civil.

Tengo mis dudas sobre quien haya de llevar a cabo esta actividad informativa: si el Médico que va a dirigir el tratamiento, (por ejemplo, una quimioterapia agresiva) o la intervención, (resección de parte del paquete intestinal) o un especialista en psicología que dominara la materia.⁶⁷

Con toda obviedad, cuando se trata de operaciones de cirugía estética el panorama cambia por completo: En la materia de información esta ha de ser exhaustiva, en orden a la preparación ha de llevarse a cabo con todas las garantías y, como se trata en estos casos, de una obligación que de alguna manera ya no es de medios sino de resultado, (una especie de contrato de obra frente al tradicional arrendamiento de servicios), el problema de las responsabilidades tiene un especial signo y una muy distinta significación que en el resto de los supuestos ya examinados.

b) Historia clínica

También me he ocupado en otras ocasiones de este tema. Ahora lo vamos a tratar todavía más de pasada.

Veamos lo que dice la LGS en su artículo 61.⁶⁸

67 Tomo las siguientes observaciones del trabajo de Ricardo de Lorenzo y Javier Sanchez Caro, ya citado:

Una intervención en el ámbito de la sanidad solo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e inequívoco consentimiento.

Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias.

En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento.

La LGS al establecer los derechos de los pacientes señala:

Tienen derecho a que se les dé en términos comprensibles a él y a sus familias o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico, en su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los casos siguientes:

- a) Cuando la intervención supone un riesgo para la salud pública.
- b) Cuando no esté capacitado para tomar una decisión, en cuyo caso corresponderá tomarla a sus familiares o personas a él allegadas.
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o exista peligro de fallecimiento.

V. Ruiz Vadillo, Enrique: "La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales". Instituto de Fomento Sanitario. Madrid 1.996.

Ruiz Vadillo, Enrique: La responsabilidad... trabajo citado publicado en el núm. 27 de Actualidad Penal.

68 Aulló Chaves, Manuel y Pelayo Pardo, Santiago: Asociación Española de Derecho Sanitario. Plan de Formación en Responsabilidad Legal profesional. Coordinador general: Ricardo de Lorenzo y Montero. I. La historia clínica. Otra aportación magnífica en esta materia.

En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente por lo que el principio de historia clínica sanitaria única por cada uno debiera mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial debiendo estar a disposición de los médicos que directamente estén implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como a los efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizado el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica.⁶⁹

En el trabajo citado se estudia el tema de la naturaleza y propiedad de la historia clínica, A. Teoría de la propiedad del paciente. B. Teoría de la propiedad del Médico. C. Teoría de la propiedad del Centro Sanitario y D. Teorías integradoras o eclécticas: distintos derechos sobre la historia clínica y distintos títulos de esos derechos de acceso, de disposición, de utilización y de las correlativas obligaciones de secreto y conservación.⁷⁰

En mi opinión, como es tan frecuente en el mundo del Derecho no puede quintaesenciarse lo que sucede con la Historia Clínica. Desde luego ha de prevalecer el interés del paciente y de ahí la obligación muy seria de guardar la intimidad, (salvo que el propio enfermo autorice lo contrario para fines científicos, por ejemplo). Pero tampoco es olvidable el derecho de los facultativos y científicos que han elaborado la Historia clínica donde pueden contenerse referencias de gran valor acerca del sistema curativo que pueden ayudar al avance de la Medicina.

6. APRECIACIONES FINALES.

a) El problema social

La defensa que desde hace muchos años vengo realizando de la actividad médica desde el punto de vista jurídico no deriva del respeto y admiración que me merece, que desde luego es así, sino de la contemplación de las consecuencias a las que puede conducir un sistema en el que la responsabilidad de los médicos esté permanentemente abierta, con todo lo que ello significa, cada vez que un acto médico no produce los resultados por todos queridos: la salud y se produce una patología permanente o incluso el fallecimiento del paciente.

⁶⁹ V. art. 18 CE y los problemas que plantea el uso de la informática dentro del mundo de la salud.

⁷⁰ V. Constitución, art. 18.4; Código penal del 95, artículos 197. 2 y 5; artículo 61 de la Ley General Sanitaria.

La LOARTAD,(V. Convenio Europeo de Tratamiento Automatizado de Datos de 28 de enero de 1.981 ratificado por España el 24 de enero de 1.984.

Los riesgos de una medicina o de una cirugía a la defensiva son patentes y están ahí y si se sigue por este camino lo estarán todavía más en lo sucesivo. La exigencia de pruebas y más pruebas antes de tomar una decisión, (algunas de las cuales pueden ser incluso contraproducentes, por ejemplo, el supuesto de las alergias,) la retirada de aspirantes a varias especialidades, las de más riesgo en este orden de cosas, por ejemplo, la ginecología y obstetricia, la anestesiología, la cirugía, especialmente la relativa al corazón, (cirugía cardiovascular, etc), la incertidumbre que tales circunstancias producen, el temor a incurrir en responsabilidades, (por ejemplo cuando se está operando quirúrgicamente de un tumor y aparecen otras distintas patologías), la inestabilidad emocional del facultativo, etc.

Por ello hay que tener mucho cuidado antes de situar los centros de responsabilidad civil y penal, lo que es perfectamente compatible, y así lo vengo demandando desde hace muchos años con el establecimiento obligatorio de un seguro de responsabilidad civil hospitalario o de centros de salud.

b) El prestigio de nuestros profesionales de la medicina

También en este orden de cosas debo reiterar no sólo el respeto y admiración que la clase médica me merece sino también el alto nivel de prestigio que ha alcanzado internacionalmente.

Por ello es tan importante reflexionar mucho sobre todos estos problemas que es la tarea magnífica que se ha propuesto la Xunta de Galicia con los organismos que han preparado este interesante Curso. Todo está relacionado y por ello he pretendido en esta Conferencia de inauguración que me ha sido asignada y que con tanto honor he desarrollado, hacer un esquema muy general y muy superficial de los problemas de mayor enjundia.

Cuando un profesional de la Medicina incurre en una responsabilidad civil, nazca o no de una responsabilidad penal como ya hemos visto, queda vinculado a una indemnización de daños y perjuicios que pueden ser elevadísimos, pensemos en los supuestos de paraplejias o tetraplejias, en definitiva, en los grandes invalidos, con el consecuente “fracaso” de toda una vida si no existe una cobertura a través de una póliza de seguro.

En este momento quiero poner de relieve, algo que he hecho con mucha reiteración, el espléndido trabajo que está llevando a cabo el profesor Cesar Borobia Fernández en la Facultad de Medicina de la Universidad Complutense, en los Máster dedicados a la Valoración del Daño Corporal en los que se están especializando, con resultados magníficos muchos Médicos contribuyendo así al establecimiento y consolidación del principio de certeza o de seguridad jurídica al que también he hecho expresa referencia.