

DERECHO
Y
REPRODUCCIÓN HUMANA
ENDOCRINOLOGÍA PEDIÁTRICA
INMUNOLOGÍA Y
NEUROLOGÍA

JAVIER SÁNCHEZ CARO.
FERNANDO ABELLAN.

INDICE

PRESENTACION

I. ETICA Y DERECHO.

II. FUENTES DEL DERECHO SANITARIO.

1. LOS CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES
SOBRE ASPECTOS CONCRETOS.

2. LA UNION EUROPEA.

3. LA CONSTITUCION ESPAÑOLA.

4. LA LEY GENERAL DE SANIDAD.

5. OTRAS LEYES.

III. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS EN MATERIA DE SALUD.

IV. EL FENÓMENO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: IDEA GENERAL.

1. RESPONSABILIDAD PENAL.

2. RESPONSABILIDAD CIVIL.

3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

4. RESPONSABILIDAD DEONTÓLOGICA.

5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

V. LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO CIVIL: LOS DEBERES MÉDICOS.

1. ACTUACIÓN ANTIJURÍDICA DEL AGENTE.

2. CULPA O DOLO.

3. DAÑO PRODUCIDO.

4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACCIÓN U OMISIÓN Y EL DAÑO.

5. LOS DEBERES MÉDICOS.

5.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

5.1.1. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA HUMANA °Y EN LA UTILIZACION DE TEJIDOS HUMANOS.

5.2. EL SECRETO PROFESIONAL.

5.2.1 EL SECRETO PROFESIONAL EN LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA Y UTILIZACION DE TEJIDOS HUMANOS.

5.3. CONOCIMIENTO, HABILIDAD Y MEDIOS TÉCNICOS.

5.3.1 CONOCIMIENTO, HABILIDAD Y

MEDIOS TECNICOS EN LA
REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA
Y EN LA UTILIZACION DE TEJIDOS
HUMANOS.

- 5.4. OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD EN EL TRATAMIENTO.
- 5.5. OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO.
- 5.6. EMISIÓN DE CERTIFICADOS.
- 5.7. OBLIGACIÓN DE DIAGNOSTICO, PRESCRIPCIÓN Y TRATAMIENTO.

6. PERSONAS RESPONSABLES.

7. MIRANDO HACIA EL FUTURO.

- 7.1. LAS LLAMADAS COMISIONES DE CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.
- 7.2. LOS FONDOS INDEMNIZATORIOS.
- 7.3. LA TÉCNICA DEL SEGURO.

8. SÍNTESIS JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CIVIL.

VI. LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO PENAL: LOS DELITOS Y LAS FALTAS.

1. ABORTO.

2. LESIONES.
3. MANIPULACION GENETICA.
4. OMISION DEL DEBER DE SOCORRO Y DENEGACION DE AUXILIO.
5. DESCUBRIMIENTO Y REVELACION DE SECRETOS.
6. SUPOSICION DE PARTO.
7. FALSEDADES.
8. INTRUSISMO.
9. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MEDICO POR IMPRUDENCIA.

1 DELITOS Y FALTAS DE IMPRUDENCIA

2 TERMINOLOGIA

3 CLASES DE IMPRUDENCIA

4 LA INOBSERVANCIA DEL DEBER DE CUIDADO

5 JURISPRUDENCIA

PRESENTACION

Una de las características de nuestra sociedad contemporánea es la constatación del gran avance que experimenta la medicina, hasta el punto de haber engendrado en la ciudadanía media una fé importante en este aspecto del progreso y que, en ocasiones, sucumbe frente a la comprobación de los fracasos que surgen de la realidad concreta, no admitiéndose, fácilmente, explicación alguna de lo sucedido.

Puede ser que esté en la paradoja anterior una de las causas que han contribuido a generar una cierta conflictividad entre el médico y los pacientes. Estos últimos reciben, a través de los medios de comunicación, una serie de mensajes tranquilizadores respecto a su salud e, incluso a veces, observan como intervenciones quirúrgicas o técnicas complejas y de tecnología sofisticada se realizan sin ningún problema. Sin embargo, es sabido que la medicina es una profesión de riesgo desde el momento en que se proyecta sobre la realidad humana y se conoce lo aleatorio y circunstancial que son la clase de interacciones que produce. Quizás sea todo ello motivo importante para ahondar en los procesos de comunicación social y en la información individual, pues sólo un conocimiento adecuado de las situaciones puede servir de base para una adecuada decisión, sin que sea admisible que se asuman más esperanzas (la curación, por ejemplo) que las que sean racionalmente admisibles. Pero es un hecho que actualmente se piensa que todo tiene que tener solución y, claro está, el fracaso nunca se

achaca a la técnica, sino al médico.

No se trata en este momento de ahondar en las reflexiones anteriores (aunque alguna vez haya que hacerlo), ni de buscar soluciones para evitar los conflictos (que sería más interesante que describir, como se suele hacer ahora, sus consecuencias), sino de constatar que las unidades didácticas que ahora se inician tienen por destinatarios profesionales sanitarios que están a la vanguardia de la medicina y que, por tanto, son médicos que contribuyen de manera importante al progreso de la sociedad. En otras palabras, su ejercicio profesional lleva aparejado un riesgo, voluntariamente asumido, que es imprescindible para hacer frente a los retos que nos plantea la realidad.

El jurista reflexiona en primer lugar sobre todo lo dicho y se siente un tanto perplejo. ¿Cómo acertar en la regulación de sectores sanitarios avanzados, sin caer en el ridículo de ver como las normas se quedan pronto anticuadas e inservibles?. Pero, por otro lado, ¿cómo no hacer frente a los problemas importantes que se producen?. Ha de tenerse en cuenta, al respecto, que el quehacer médico referido en este trabajo afecta o se refiere a cuestiones nucleares de la persona y que constituyen, por tanto, aspectos esenciales de nuestro Derecho Civil. Pues no otra cosa es hablar de las técnicas derivadas de la fecundación "in vitro", o de los problemas que se derivan de la endocrinología pediátrica, de la neurología o de la inmunología.

Una aproximación del Derecho a campos tan sugestivos puede hacerse utilizando diferentes métodos. El que aquí se adopta parte de lo general a lo

particular. De lo abstracto a lo concreto. De lo esencial a lo individual. Pero no se descarta, incluso, terminar en la monografía de lo que se considere importante. Se huye, en la medida de lo posible, de los términos técnicos, sin pérdida del rigor científico. Se complementa, además, con la interactividad de las consultas (auténtica riqueza extraída de la realidad) y con las vivencias de jornadas o seminarios, que se consideran imprescindibles por su carácter dinámico y, sobre todo, por los valores humanos que supone el encuentro. Se pretende, incluso, efectuar publicaciones que contengan soluciones para aquellos problemas que demuestre la realidad que son importantes. En fin, se afronta todo ello con ilusión y con las necesarias dosis de autocrítica: solo si lo que se piensa y se realiza sirve al fin pretendido estará justificando el esfuerzo.

En consecuencia con lo dicho, las primeras unidades didácticas sirven de aproximación y cobertura (de verdadera introducción) al Derecho Sanitario. A continuación se afronta con rigor el núcleo importante de los sectores específicos concernidos (reproducción humana, pediatría, etc...). En una última fase se desarrollan, ya monográficamente, las grandes cuestiones que sean de interés (por ejemplo, consentimiento informado específico, reponsabilidad civil, imprudencia, historia clínica, etc...).

Y nada más. Eso sí, constatar, como siempre, que esperamos hacer camino al andar y que para este viaje (toda obra es normalmente un proyecto atribuido a varias personas) hemos contado con la compañía entrañable de la Fundación Salud 2000.

A ella, y a quienes la gobiernan y dirigen, formulamos nuestro

agradecimiento.

Madrid, junio, 1998.

Javier Sánchez Caro

I. ÉTICA Y DERECHO

El Derecho aspira a lograr la paz social mediante un sistema que solucione los conflictos que ocurran en la sociedad. Con tal finalidad las normas contienen, a veces, juicios de valor importantes, que conectan de forma inmediata con lo que entendemos por bueno o malo, justo o erróneo y que, en ocasiones, plantean abiertamente a una persona cual debe ser su deber u obligación moral frente a una determinada situación. Estos problemas éticos los encontramos con frecuencia en el campo del Derecho Sanitario. Así, por ejemplo, la defensa de la vida puede plantear la cuestión de hasta donde se debe llegar en los tratamientos relativos a personas aquejadas de enfermedades incurables e irreversibles. Obsérvese, además, que los planteamientos teóricos no sirven en ocasiones para resolver totalmente las situaciones concretas y, sin embargo, hay que tomar una decisión. Incluso, aún aceptando un principio o una teoría, (por ejemplo, el respeto a la autonomía de la persona) su realización práctica puede estar erizada de dificultades (decir o no decir al enfermo toda la verdad sobre su pronóstico infausto, aún a costa de acelerar el desenlace fatal).

Los dos ejemplos propuestos pueden extenderse y ampliarse a numerosos campos donde se cruzan la ética y el derecho a propósito de la salud. En materia de SIDA ¿debe el médico romper el secreto

profesional, en contra del paciente, para advertir al otro miembro de la pareja de los peligros que supone una relación sexual incontrolada?. A propósito de la fecundación "in vitro" ¿debe considerarse como un técnica adecuada para que las mujeres solteras tengan hijos, eludiendo así la posibilidad de que exista un padre?. Y en otro orden de cosas, ¿debe admitirse que los padres o las madres seleccionen el sexo de sus hijos?.

Las leyes, como es natural, buscan el apoyo de sus mandatos fuera de las normas. Los problemas éticos preceden al Derecho, pero la norma supone siempre una decisión. Hay, pues, como si fueran dos círculos que se cortan, una zona en la que se cruzan. Esa zona es para el Derecho una justificación, que se impone entonces no solo por el carácter coactivo de la ley, sino, además y fundamentalmente, porque se entiende que su contenido es digno de ser respetado.

La justificación de la ley (legitimidad en sentido jurídico) es una tema controvertido desde antiguo. Para la doctrina católica del Derecho Natural la regla de derecho es una norma de conducta que no se justifica por si misma y cuyo alcance y exigencia es de tal magnitud que hace imprescindible contrastarla con un precepto superior al meramente humano. Y tal necesidad de una medida que mida al Derecho positivo humano es la que impone acudir al Derecho natural¹. Por el contrario, las tesis que parten de la relatividad de la normas

1. V. Federico DE CASTRO Y BRAVO. "Compendio de Derecho Civil". 2ª Edición, Madrid 1.974, págs. 15 y ss, donde se desarrolla la tesis expuesta.

niegan valor al Derecho Natural, por entender que las leyes solo tienen sentido en relación con el código en el cuál se insertan. Por ejemplo, la prohibición de beber alcohol tiene sentido para los musulmanes, pero no para otros grupos, cuyos códigos no la incluyen².

En todo caso, conviene advertir que las sociedades civiles democráticas, con su afianzamiento de las libertades y derechos individuales, caminan (si no están ya inmersas) hacia un pluralismo ético, que obliga a tener en cuenta en las leyes los criterios dominantes o mayoritarios y, siempre que el interés general no sucumba, tienden a respetar las convicciones de la minoría³.

El campo ético que acota el Derecho es, o suele ser, el menos conflictivo en una sociedad concreta. O, dicho de otra manera, la ley busca el mayor apoyo para convertir un juicio de valor en un mandato coactivo. Esta afirmación puede contemplarse desde otro punto de vista: el Derecho no tiene por misión prohibir todo lo "malo" que, a juicio de cada uno de los ciudadanos, exista en una sociedad, sino solo lo "peor",

-
2. V.Jesús MOSTERIN, "Grandes Temas de la Filosofía Actual", Aula Abierta Salvat, Madrid, Salvat Editores S.A., Barcelona, 1981. En particular págs. 22 y 23.
 3. V. La Ley Orgánica de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública que permite, por ejemplo, aún en contra de la persona, adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control, cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad (Ley Orgánica 3/1986, de 14 de Abril). Este criterio excepcional es el contrario al establecido en el artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de Abril), que requiere, con carácter general, el consentimiento informado.

entendido esto último como un juicio de valor colectivo. Esta es, en pura técnica jurídica, la misión de un código penal, que está regido por el principio de mínima intervención.

II. FUENTES DEL DERECHO SANITARIO

Se entiende por fuentes del derecho, a lo fines de este estudio, las formas a través de las cuales se nos manifiestan las reglas o normas del Derecho Sanitario (fuente formal o de conocimiento). Se descarta aquí el concepto de fuente material o de creación del derecho (el Estado, la sociedad, las clases o grupos sociales) y la acepción como fuente última en la que se origina el Derecho (la ley natural o la idea de justicia, por ejemplo).

Lo primero que hay que destacar en el ámbito sanitario es su complejidad. Como veremos después con mayor detenimiento, además, claro está, de los convenios y acuerdos internacionales sobre la materia, hay normas de la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) y, ya en el ámbito del Derecho español, nos encontramos con la Constitución, las leyes del Parlamento Español y de las Instituciones análogas de las Comunidades Autónomas (según, como veremos más adelante, su diferente competencia) y, por último, las diferentes disposiciones administrativas de la Administración Estatal o de las administraciones de las Comunidades Autónomas, también según sus

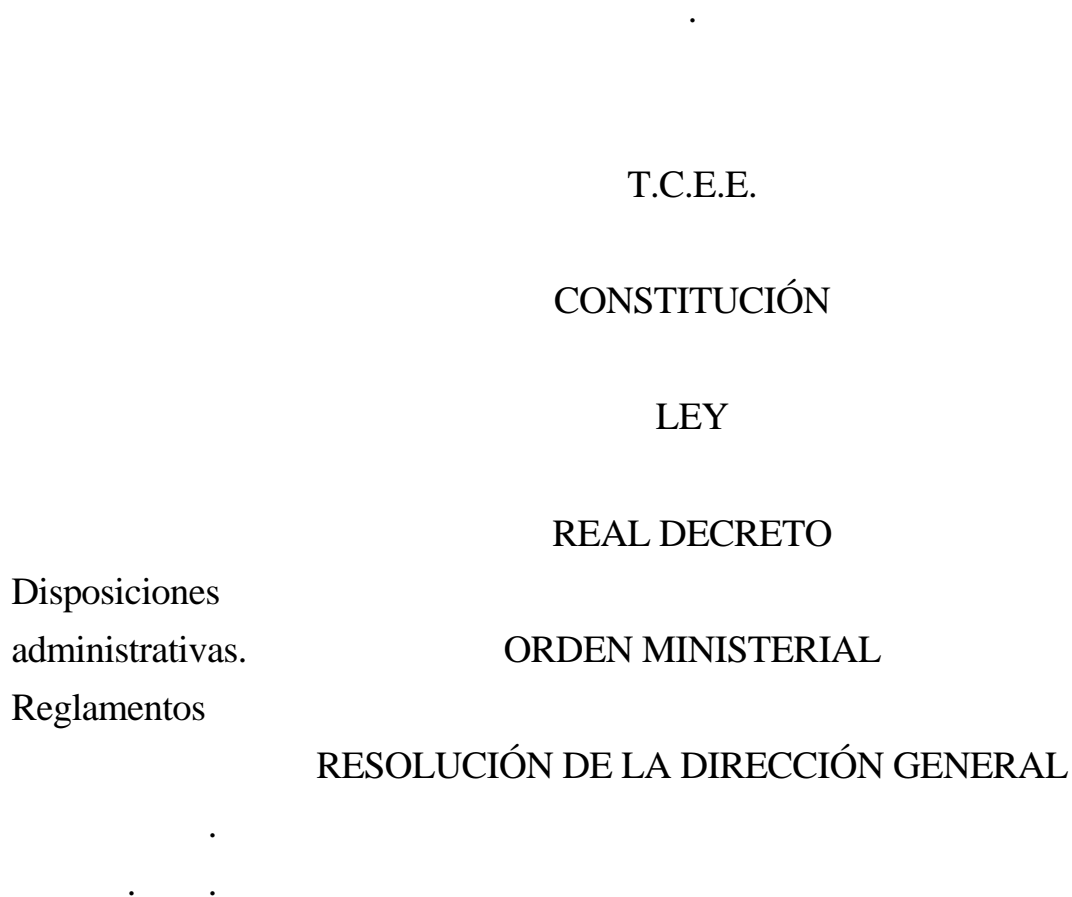
posibilidades competenciales.⁴

Podemos encontrar, sin embargo, **tres criterios de ordenación racional**, que, con sencillez, nos permiten sistematizar toda esta materia.

El primero de ellos consiste en afirmar la **superioridad de cualquier norma comunitaria sobre cualquier norma nacional**. Tal criterio fue establecido ya en 1.964 por el Tribunal de Justicia Comunitario⁵ y deriva, como es lógico, de la cesión parcial de la soberanía que han hecho los Estados. Un buen ejemplo es la modificación de nuestra Constitución, con la finalidad de adaptarla al Tratado de la Unión Europea, permitiendo a los ciudadanos de tal Unión, que no sean nacionales españoles, el Derecho de sufragio pasivo en las elecciones municipales (ser elegido)⁶. Más adelante tendremos ocasión de ver muchas aplicaciones de tal principio en el ámbito específicamente sanitario .

-
4. A todas ellas se refiere el Código Civil bajo la palabra "ley", que se utiliza, por tanto, no en el sentido estricto (Ley del Parlamento), sino en sentido amplio (norma escrita). Recoge dicho texto, también, la costumbre y los principios del derecho, con valor del fuente del derecho, pero, dados los fines que persigue este trabajo, no son objeto de consideración, aparte de su menor incidencia. (art. 1º del Código Civil).
 5. Caso 6/64, (Costa C. ENEL) (1964). E.C.R., 585.
 6. Reforma Constitucional del art. 13. apartado 2. (BOE 28 de agosto de 1992, Núm. 207). Véase su exposición de motivos, reveladora del criterio seguido.

El segundo criterio de ordenación está representado por el **principio de la jerarquía de las normas**. Esto es tanto como decir que hay unas normas más importantes que otras. Técnicamente, en el Derecho español, por ejemplo, si los representáramos como una pirámide, la gradación sería la siguiente:



La abreviatura T.C.E.E. significa dar aquí entrada al Derecho comunitario (Tratados de las Comunidades Europeas, ya que son varias).

La Ley, debajo de la Constitución, hace clara referencia a la expresión de la voluntad general (Ley del Parlamento y no a cualquier norma escrita). A dicha Ley hay que equiparar los Reales Decretos-Leyes que, en caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno puede dictar para hacer frente a tales situaciones. Los Reales Decretos-Leyes tienen que ser convalidados por el Congreso de los Diputados⁷. A veces, las cuestiones sometidas al Parlamento son extraordinariamente complejas. En estos casos el Parlamento puede aprobar una Ley que autorice al Gobierno para que confeccione un texto con arreglo a unas bases (Texto Articulado con arreglo a unas bases), sin sobrepasarlas. En otras ocasiones, lo que permite la Ley es que el Gobierno realice una pura labor técnica, no creadora, refundiendo en un sólo texto la pluralidad de leyes sobre una misma materia (Texto Refundido). Ambos supuestos, conocidos técnicamente como fenómenos de delegación legislativa (autorizados por el legislador), tienen el rango de una Ley aprobada por el Parlamento.

Por debajo de la Ley (parlamentaria) nos encontramos con las disposiciones administrativas (que, a veces, se conocen con el nombre de reglamentos). Tales disposiciones son algo cuantitativa y cualitativamente diferente. Ha de tenerse en cuenta que la Administración no representa a los ciudadanos, sino que les sirve y que la legitimación de la Ley (parlamentaria) no es comparable con la de los reglamentos.

7. V. Art. 86 de la Constitución Española.

Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que dispongan las leyes⁸ (la ley lo puede todo).

Pero si nada dice la Ley se ajustan a una jerarquía predeterminada, cuyo ejemplo más corriente es el ya expuesto en la pirámide: Real-Decreto (que proviene del Gobierno o Consejo de Ministros, que es lo mismo); Orden Ministerial (subordinada como es lógico a la anterior) y Resolución del Director General correspondiente.

En conclusión, vemos como la jerarquía introduce también un criterio racionalizador. Las disposiciones administrativas no pueden vulnerar la Constitución o las Leyes, ni pueden ir en contra de lo establecido en otras disposiciones administrativas de rango superior. El fenómeno descrito permite pasar de lo general o esencial a lo particular o concreto (por ejemplo, la Constitución dice que todos tenemos derecho a la protección de la salud y, después, nos encontramos con una norma administrativa que regula las características del documento concreto para hacerlo efectivo).

En fin, un tercer principio racionalizador es el de **competencia**. En el Derecho español, como veremos en concreto más adelante cuando tratemos la materia sanitaria, el Estado de las Autonomías se basa en que unas cuestiones son competencia exclusiva de la Administración Estatal o de la Administración Autonómica y otras suponen la

8. V.Art. 51.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de Noviembre).

competencia concurrente de ambas Administraciones. Es preciso, pues, saber previamente que Administración tiene competencia sobre un asunto antes de aplicar el principio de la jerarquía de las normas. El principio de competencia es, en consecuencia, un principio prioritario, porque solo después de averiguar la Administración competente estaremos en disposición de determinar la norma aplicable (de la Administración Central o de la Autonómica).

1.-LOS CONVENIOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES SOBRE ASPECTOS CONCRETOS.

Cada vez es más frecuente la prestación del consentimiento del Estado para obligarse a respetar acuerdos y convenios internacionales sobre distintas cuestiones de interés supranacional, tales como la protección de los derechos humanos, y la integridad de las personas⁹.

Sólo después de su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado, dichos acuerdos y convenios internacionales resultan de aplicación directa dentro de España, y pasan a formar parte de nuestro ordenamiento interno¹⁰.

También puede ocurrir que tengan eficacia resoluciones o declaraciones dimanantes de organizaciones o instituciones internacionales a los que el Estado Español tiene conferidas, de forma estable y permanente

9 Art. 94 Constitución Española.

10 Art. 5 Código Civil.

y en virtud del correspondiente tratado, el ejercicio directo de competencias derivadas de la Constitución. Nos estamos refiriendo a organismos tales como la UNION EUROPEA, la ONU o la UNESCO. En estos casos, el Gobierno y las Cortes Generales tienen la obligación de velar por el cumplimiento dentro de España de dichas resoluciones y declaraciones¹¹, disponiendo las medidas legislativas que procedan.

Tienen especial relevancia, por abordar cuestiones relacionadas con el **Genoma Humano**, entre otros, los siguientes Convenios, Declaraciones y Resoluciones internacionales:

-Resolución del Parlamento Europeo, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética¹².

-Resolución del Parlamento Europeo, sobre la fecundación artificial in vivo e in vitro¹³.

-Directiva relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente¹⁴.

11 Art. 93 Constitución Española.

12 Resolución de fecha 16 de marzo de 1.989 (Unión Europea).

13 Resolución de fecha 16 de marzo de 1.989 (Unión Europea).

14 Directiva del Consejo 90/219/CEE, de 23 de abril de 1.990, complementada por la Directiva de la Comisión 94/51/CEE, de 7 de noviembre de 1.994 (Unión Europea).

-Directiva sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente¹⁵.

-Directiva sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición de agentes biológicos durante el trabajo¹⁶.

-El Convenio sobre Diversidad Biológica, de Rio de Janeiro¹⁷.

-La Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Generaciones Futuras¹⁸.

-Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas¹⁹.

-Convenio sobre los Derechos Humanos y la Biomedicina, y

15 Directiva del Consejo 90/220/CEE, de 23 de abril de 1.990, complementada por la Directiva de la Comisión 94/15/CEE, de 15 de abril de 1.994 (Unión Europea).

16 Directiva del Consejo 90/679/CEE, de 26 de noviembre de 1.990, modificada por la Directiva del Consejo 90/679/CEE, de 12 de Octubre de 1.993 (Unión Europea).

17 Convenio de fecha 5 de junio de 1.992, publicado en el B.O.E. de 1 de febrero de 1.994 (ONU).

18 Declaración de 26 de febrero de 1.994 (UNESCO).

19 Propuesta de Directiva, de fecha 13 de diciembre de 1.995 (Unión Europea).

Protocolo Adicional sobre prohibición de clonar seres humanos²⁰.

-Declaración Universal sobre el Genoma y los Derechos Humanos²¹.

2. LA UNIÓN EUROPEA

El nombre actual de la Comunidad Europea procede del Tratado de 7 de febrero de 1.992, conocido como Tratado de Maastricht por ser este el nombre de la ciudad holandesa donde se firmó. Antes, sin embargo, se firmaron otros Tratados (con sus modificaciones y adiciones posteriores) hasta llegar al momento evolutivo actual.

Los Tratados originarios, y sus modificaciones o adiciones posteriores, constituyen el llamado Derecho originario²², a

20 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, de fecha 19 de diciembre de 1.996; y Protocolo Adicional, de 6 de noviembre de 1.997 (Consejo de Europa).

21 Declaración publicada en el Diario Médico, de fecha 13 de noviembre de 1.997 (UNESCO).

22. Tales Tratados son el Tratado CECA (Comunidad Europea del Carbón y del Acero), firmado en París el 18 de abril de 1951; el Tratado CEE (Tratado de la Comunidad Económica Europea) firmado en Roma el 25 de abril de 1957; y el Tratado CEEA (la Comunidad Europea de Energía Atómica), firmado en París el 25 de marzo-1957.

Un estudio del Tratado de Maastricht y su repercusiones sanitarias puede verse en V. MOYA y F. GONZÁLEZ NAVARRO: "La sanidad española en la Europa de Maastrich", Madrid, 1993, Editorial. I.M y C.

diferencia del Derecho derivado de los Tratados, que corresponde a los órganos que tienen tal potestad y que se manifiesta a través de lo que se conoce como Reglamentos, Directivas y Decisiones. Aparte hay que tener en cuenta la Recomendaciones y los Dictámenes, así como la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea.

1. **El Reglamento comunitario** es, para entendernos, una verdadera ley (no debe confundirse con nuestro Derecho interno), aunque no emane del Parlamento, sino del Consejo o de la Comisión. Se aplica directamente a los Estados miembros, una vez publicado en el diario comunitario, y está subordinado, como todo el Derecho derivado, a los Tratados.
2. **La Directiva** (norma importantísima en el Derecho Sanitario) engendra para los Estados una obligación de resultado, esto es, obliga a los mismos en cuanto al resultado que debe conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios para conseguirlo. No se aplica directamente a los Estados miembros. No obstante, y con la finalidad de evitar problemas de cumplimiento, el Tribunal de Justicia de la Comunidad ha

Las Actas de adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa se firmaron el 12 de Junio de 1985, entrando en vigor el 1 de enero de 1986.

admitido que las Directivas puedan en determinados casos tener efectos directos.

3. **Las decisiones**, por último, se diferencian del Reglamento, porque este tiene un destinatario general e indeterminado, mientras que la decisión tiene un destinatario concreto (un particular, una empresa o un Estado miembro).

También se diferencia de la Directiva, porque esta exige la intermediación de una autoridad del Estado miembro para su eficacia en el mismo, mientras que la decisión se aplica de modo inmediato y directo²³.

Son muchos los ejemplos concretos que puedan traerse a colación en el ámbito del Derecho Sanitario español²⁴. Nos limitaremos a dos ejemplos gráficos. El primero se refiere a libre circulación comunitaria de las profesiones de médico, odontólogo-dentista, veterinario y farmacéutico, que es ya un hecho (y otro tanto podría decirse a propósito del ejercicio de

23. V. Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS Y Santiago MUÑOZ MACHADO: "Tratado de Derecho Comunitario Europeo", Madrid, 1986. Editorial Cívitas, págs. 313 y ss.

24. V. Nota 9 y Legislación Comunitaria sobre Sanidad y Consumo, tomo I, Acciones Sanitarias, Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaria General Técnica, Madrid, 1991. Se recogen en la publicación citada las acciones sanitarias en materia de lucha contra el cáncer, sida, toxicomanías, prevención del alcoholismo, cartillas sanitarias europeas y otra serie de medidas.

la enfermería en la Unión Europea).

Antes de llegar a la actual situación se dictaron varias directivas, que obligaban a los Estados a promover las disposiciones nacionales (trasponer en sentido técnico) para hacer efectivas la libre circulación de los diferentes profesionales, así como el reconocimiento mutuo de los diplomas, certificados y otros títulos²⁵.

El segundo ejemplo se refiere al medicamento, que ha desembocado en el Derecho español en la Ley del Medicamento²⁶. La importancia del Derecho comunitario y, en particular de la Directiva, se pone de relieve en la exposición de motivos de dicha Ley que dice lo siguiente:

25. En materia de libre circulación de médicos nos remitimos a la Directiva del Consejo de la C.E.E. 93/16, CEE de 5 de abril de 1993, destinada a facilitar la libre circulación de los médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos. El objetivo de la Directiva nueva es codificar en un solo texto las antiguas Directivas comunitarias sobre la materia, con el fin de que la legislación comunitaria se muestre más clara y accesible. La trasposición de las Directivas, en el caso contemplado, se ha hecho a través del R.D. 1691/1989, de 29 de diciembre, sobre reconocimiento de diplomas, certificados y otros títulos de médico y de médico especialista de los Estados miembros de la Comunidad Europea y que regula el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios. Dicho Real Decreto ha sido modificado y ampliado por el Real Decreto 2072/1995, de 22 de diciembre (BOE 20 de enero de 1996) Véase, además, el R.D. de 4 de junio de 1993, sobre el ejercicio de las funciones de médico de medicina general en el Sistema Nacional de Salud, que regula los derechos adquiridos por los licenciados en Medicina y Cirugía anteriores a 1 de enero de 1985.

26. Ley 25/1990, de 20 de Diciembre (BOE nº 306, de 22 de diciembre)

"...La C.E.E., por su parte, ha desarrollado desde 1965 una intensa actividad de armonización del Derecho por Directivas y Recomendaciones referentes a los medicamentos, con medidas que suponen la cristalización de toda una tradición occidental en defensa del interés de los pacientes y de los consumidores. Prueba de ello son las numerosas Directivas ya promulgadas, reguladoras de las condiciones sanitarias exigibles para la comercialización de las especialidades farmacéuticas y los procedimientos comunitarios armonizadores de las decisiones nacionales a ellas referidas...

27

3. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

La Constitución es, desde el punto de vista del Derecho español, la norma fundamental, ya que tiene preeminencia jerárquica sobre todas las demás normas del ordenamiento.

El art. 43 dice lo siguiente:

- "1. Se reconoce el derecho a la protección a la salud.
2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la

27. Un listado de Directivas en materia del medicamento se contienen en la bibliografía citada en la Nota 22, págs. 90 y ss.

salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio".

Interesa destacar sobre este artículo los siguientes aspectos:

1. Al estar encuadrado en el Capítulo III ("De los principios rectores de la política social y económica") del Título I ("De los Derechos y Deberes Fundamentales") puede decirse que no engendra un auténtico derecho, sino que proclama un principio, si bien este principio, a diferencia de las antiguas leyes fundamentales, es directamente operativo, ha de tenerse en cuenta en el desarrollo técnico de las leyes y el propio Tribunal Constitucional puede declarar inconstitucional una ley por infracción de tales criterios. Claro está que en el momento actual el alcance del artículo 43 viene determinado, fundamentalmente, por la Ley General de Sanidad, pero de este aspecto concreto nos ocuparemos más adelante.
2. Se reconoce a todos los ciudadanos el derecho a la protección de la salud, por lo que no puede ser título prevalente para el acceso a dicha protección la condición

de asegurado o beneficiario, exigiendo, en consecuencia, una financiación mayoritariamente impositiva. Es necesario, además, que los poderes públicos organicen un servicio público.

3. El servicio público previsto en la Constitución no tiene por qué configurarse, necesariamente, en régimen de monopolio, aunque esta forma de concebir la gestión sea, desde luego, una opción. Más aún, la Constitución no prejuzga la organización de los servicios, ni el modelo de relaciones entre profesionales sanitarios y usuarios, ni siquiera la gratuidad.
4. Cualquiera de los modelos vigentes en la Europa Occidental tiene cabida en la Constitución y debido a tal característica se ha llamado a nuestra Constitución la del consenso. Por supuesto que la libre iniciativa en materia sanitaria se reconoce en otros artículos de nuestra Ley de Leyes.
5. Se puede y se debe buscar una interpretación más reforzada del art. 43 de la Constitución. En tal sentido puede decirse que el derecho a la protección de la salud es una lógica consecuencia del derecho a la vida y a la integridad física. En otras palabras, el derecho abstracto a la vida se concreta en el derecho a la protección de la salud. Por tanto, cuando al negar el derecho a la

protección de la salud se pusiera en peligro la vida o la integridad física de la persona, nos encontraríamos en presencia de un derecho fundamental (el derecho a la vida) con todas las consecuencias (protección y exigencia).

4. LA LEY GENERAL DE SANIDAD

La Ley General de Sanidad²⁸ es, actualmente, la opción histórico-política derivada de la Constitución, esto es, la forma en que se entiende desarrollado el art. 43 de nuestra Ley máxima. De todas las posibles opciones de nuestra Carta Magna la ley recoge una caracterizada, fundamentalmente, por la gestión directa de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas. Se admite, sin embargo, la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y los conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin

28. Ley 14/1986, de 25 de abril

carácter lucrativo²⁹.

La Ley General de Sanidad plantea una serie de cuestiones importantes, cuyo estudio excede del ámbito de la presente introducción, aunque sean de extraordinario interés: la ley como culminación de un proceso histórico, la universalización de la asistencia, la financiación, los derechos de los usuarios como conquista, el nuevo sistema de promoción de la salud, el modelo organizativo, la política de personal, los enfermos privados en los hospitales públicos...

5. OTRAS LEYES

La riqueza del Derecho Sanitario supone que, cada vez con más frecuencia, las leyes (del parlamento) aborden diferentes temas del campo de la salud. Mencionamos a continuación algunos sin ánimo de exhaustividad:

1. La cuestión relativa a la extracción y trasplante de órganos³⁰.

29. V. Los artículos siguientes de la Ley General de Sanidad: 44, 45, 50, 66, 67, 90, 93 y 94.

30. Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de Organos, desarrollada por el R.D. 426/1980 de 22 de febrero.

2. La reproducción asistida humana³¹.(En su momento, esta ley será objeto de un tratamiento exhaustivo).
3. La materia relativa a la donación y utilización de embriones y fetos humano o de sus células, tejidos u órganos³².(También será tratada monográficamente).
4. Toda la cuestión relativa al medicamento³³.
5. Las autopsias clínicas³⁴.

III. EL ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS EN MATERIA DE SALUD

Como ya anticipábamos, el Estado de las Autonomías en materia sanitaria se caracteriza por la división de competencias entre la Administración Estatal y las Comunidades Autónomas.

1. El Estado tiene competencias exclusivas sobre la sanidad exterior, las bases y coordinación general de la sanidad, la legislación sobre productos farmacéuticos, la legislación

31. Ley 35/1989, de 22 de noviembre, sobre Reproducción Asistida Humana.

32. Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos.

33. Ley 25/1990, de 20 de diciembre.

34. Ley 29/1980, de 21 de junio.

básica y el régimen económico de la seguridad social, sin perjuicio de la ejecución de sus servicios por las Comunidades Autónomas.

A estas competencias se suele añadir las derivadas del ámbito de la solidaridad intercomunitaria y de la alta inspección. Esta última, es decir, la alta inspección, puede entenderse como la potestad que tiene el Gobierno para velar por la observancia en las Comunidades Autónomas de la normativa estatal aplicable, así como poder formular los requerimientos procedentes a fin de subsanar las deficiencias que se adviertan³⁵.

Por bases ha de entenderse, según el Tribunal Constitucional, los criterios sustantivos que permitan conferir al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes, que sean fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado. En definitiva, desde esta perspectiva de fondo o material, lo básico es aquello que goza en si mismo de la suficiente trascendencia o importancia para que merezca tal calificativo y pueda constituir un mínimo común denominador normativo.

La Ley General de Sanidad tiene la condición de norma básica, excepto lo que se refiere al desarrollo de las funciones

35. V. Los artículos siguientes de la Constitución Española : 149.1. 16 y 17; 148.1.21 y 149.3.

de inspección: pruebas, investigaciones, exámenes y toma de muestras. Por otro lado, tampoco es básico lo que se refiere a la organización, funcionamiento y gestión de las áreas de salud³⁶.

La cuestión relativa a la coordinación general, en cuanto a competencia del Estado, ha sido objeto también de numerosas sentencias del Tribunal Constitucional³⁷.

2. Las competencias de las Comunidades Autónomas son todas aquellas que no corresponden, lógicamente, al Estado. Pueden dichos Entes, en consecuencia, dictar normas de desarrollo y complementarias de la Ley General de Sanidad en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía. Por otro lado, son propias de las Comunidades Autónomas las competencias en materia de ejecución, administración y gestión.

El sistema se completa con las siguientes dos reglas. La primera establece que las decisiones y actuaciones públicas

36. V. Ley General de Sanidad, arts. 2º; 31, apartado 1, letras b) y c); 38 a 43 y 57 a 69.

37. En materia de coordinación y jurisprudencia del Tribunal Constitucional, véase los dos libros siguientes: *Jurisprudencia Constitucional en materia de sanidad y consumo* y *Jornadas sobre Coordinación General Sanitaria*, Ministerio de Sanidad y Consumo, publicaciones, documentación y biblioteca, Madrid 1989.

previstas en la Ley General de Sanidad, que no se halla reservado expresamente al Estado, se entenderán atribuidas a las Comunidades Autónomas. La segunda establece que el Derecho Estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas.

IV. EL FENÓMENO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA: IDEA GENERAL.

Con carácter general se puede distinguir las siguientes clases de responsabilidad en el ámbito del Derecho Sanitario:

- 1.- Penal**
- 2.- Civil**
- 3.- Disciplinaria**
- 4.- Deontológica**
- 5.- Patrimonial de las Administraciones Públicas.**

Antes de continuar conviene rechazar, de entrada, un falso esquema: aquel que entiende que la relación médico-paciente debe desembocar en una curación. Por el contrario, hay que afirmar el verdadero esquema: el encuentro del médico con el paciente solo debe suponer que el profesional sanitario se obliga a prestar los cuidados que sean conformes al estado de la ciencia, en el momento en que se preste la asistencia.

Una consecuencia obligada de lo dicho es que la obligación del médico es, técnicamente, **una obligación de medios** y no una

obligación de resultados. Esto es, el profesional se compromete a poner a contribución todos sus conocimientos en la tarea de curar o aliviar, pero no contrae el compromiso de obtener la curación en todo caso. Todavía se puede dar un paso más, afirmando que el fracaso o el error del médico no es siempre equivalente a responsabilidad, desde el momento en que la ciencia médica no es una ciencia exacta, y, más aún, que el médico tiene el compromiso permanente de actualizar sus conocimientos, ya que su responsabilidad se exige con arreglo a los conocimientos del momento en que se juzguen.

IV.1. RESPONSABILIDAD PENAL

La responsabilidad penal surge cuando se comete un delito o una falta (infracción grave o leve). El principal problema que se plantea en esta jurisdicción es la exigencia de responsabilidad por imprudencia, de la que nos ocuparemos más adelante³⁸. En el ámbito penal las Administraciones Públicas o las empresas, en su caso, para las que trabajen los médicos, solo son responsables civiles subsidiarios (para poder indemnizar, evitando los embargos de los profesionales sanitarios, ha de acreditarse que estos últimos no tienen bienes con que hacer frente a sus responsabilidades y que la lesión causada, en su caso, es una consecuencia directa del

38. Arts. 142, 152 y 621 del Código Penal.

funcionamiento de los Servicios Públicos. Por tanto, el INSALUD o el Servicio de Salud de una Comunidad Autónoma, por ejemplo, no puede pagar antes de que los médicos se queden sin bienes. Sólo después la Administración o empresa podrá pagar lo que falte)³⁹.

IV.2. RESPONSABILIDAD CIVIL

Hablar de responsabilidad civil en el campo del Derecho Sanitario es, fundamentalmente, tanto como tener que hacer frente a una indemnización. Por lo demás, la responsabilidad civil puede derivarse de un contrato (enfermo que solicita los servicios de un médico) o sin que exista un contrato (la llamada responsabilidad extracontractual), como ocurre en el caso de los servicios prestados por los médicos de la Seguridad Social, que no convienen ningún contrato con el asegurado o beneficiario.

La responsabilidad indemnizatoria es solidaria, tanto entre los que hayan intervenido, como en relación con la Administración o empresa para la que trabajen (por ejemplo, el INSALUD o una clínica privada). Esto quiere decir que el que se sienta perjudicado puede exigir la responsabilidad en su

39. V. Arts. 120 y 121 del Código Penal.

totalidad de cualquier profesional o de todos ellos conjuntamente y, del mismo modo, puede exigirla de la Administración Pública o empresa correspondiente (que son responsables solidariamente, esto es, por la totalidad).

IV.3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA.

Esta responsabilidad surge porque los profesionales, muchas veces, no actúan de forma independiente, sino que trabajan para alguna Administración Pública o para alguna empresa.

Tal responsabilidad hay que remitirla al cuadro de infracciones y sanciones que se encuentra en cada una de las zonas o sectores correspondientes (en el ámbito de la función pública, en el ámbito del Estatuto del Personal de la Seguridad Social, o, en último extremo, en el seno del Estatuto de los Trabajadores)⁴⁰.

IV.4. RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA.

La responsabilidad Médico-Deontológica surge como consecuencia de la incorporación a un Colegio Médico,

40. V. Sergio GALLEGO, "Manual actualizado sobre el Procedimiento Disciplinario del Personal Estatutario", Instituto Nacional de la Salud, Madrid, 1994.

rigiéndose por sus disposiciones específicas⁴¹.

IV.5. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LAS ADMINISTRACIONES PUBLICAS.

Esta responsabilidad se basa en que las Administraciones Públicas deben indemnizar cuando producen un daño con ocasión del funcionamiento (normal o anormal) del servicio público sanitario⁴².

Es una responsabilidad directa de la Administración, que no involucra al profesional sanitario. En consecuencia, se trata de una responsabilidad objetiva, esto es, sin culpa, bastando demostrar el daño y el enlace causal.

Sólo se excluye la fuerza mayor (acontecimiento externo e inevitable, como por ejemplo el terremoto) pero no, el caso fortuito (acontecimiento interno e imprevisible). En último extremo, la Administración puede exigir lo que haya pagado, si los profesionales sanitarios hubieran incurrido en dolo, culpa

41. V. Gonzalo HERRANZ, "Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica", Eunsa, Pamplona 1992.

42. V. Arts. 139 a 144 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre).

o negligencia graves.

V. LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO CIVIL: LOS DEBERES MÉDICOS.

Con carácter general para que exista la responsabilidad civil se tiene que dar una serie de elementos, que enumeramos a continuación:

1. ACTUACIÓN ANTIJURÍDICA DEL AGENTE.

Esto significa que alguien obra de forma ilícita, que no otra cosa quiere decir antijurídico. No estaremos en presencia de una actuación ilícita cuando exista una causa de justificación. Por ejemplo, es clara la inmunidad del médico para causar al paciente las lesiones que sean necesarias para un correcto tratamiento y habrá que admitir que su actuación es lícita cuando obre en virtud de un estado de necesidad, que supone que el daño causado al paciente es menor que el que se trata de evitar.

2. CULPA O DOLO.

El dolo supone una actuación voluntaria y deliberada de dañar a otro. Esto es, para nuestros efectos equivale a tanto como una actuación intencional. Cuando alguien obra con conocimiento

y voluntad decimos que obra dolosa o intencionalmente. En cambio la culpa supone una actuación negligente, que en el ámbito de la culpa médica supone la falta de diligencia o de previsión que acarrea la infracción de alguno de los deberes médicos y que después veremos. La norma de conducta para exigir la responsabilidad es la correspondiente a un profesional. Esto quiere decir que el médico debe obrar conforme a la "lex artis", que es una expresión empleada frecuentemente por nuestro Tribunal Supremo y que deriva de nuestro Código Civil⁴³. La formulación puede hacerse de la siguiente manera: consiste en dar al enfermo, como ha dicho la jurisprudencia francesa, los cuidados conscientes, atentos y, salvo circunstancias excepcionales, con arreglo a los datos y conclusiones actuales de la ciencia. Se observará la importancia que adquieren los peritos para determinar la diligencia exigida al buen profesional.

3. DAÑO PRODUCIDO.

La actuación ilícita, interviniendo dolo o culpa, ha de producir un daño. Este es un concepto muy amplio donde se entienden incluidos toda clase de perjuicios, no solamente los materiales

43. V. Art. 1.104 del Código Civil.

sino también los morales (por ejemplo, la muerte de un hijo para un padre o una madre).

4. RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACCIÓN U OMISIÓN Y EL DAÑO.

Ultimo requisito que supone un nexo de unión entre la actuación u omisión del agente y el resultado dañoso.

5. LOS DEBERES MÉDICOS.

Además de la delimitación conceptual de la "Lex Artis", ya vista, (forma normal de actuar de un médico con arreglo a una circunstancia dada) puede intentarse una delimitación sistemática.

Esto es lo que se persigue con la enumeración de los principales deberes u obligaciones médicos, que se hace a continuación. Como tales pueden considerarse los siguientes:

- Consentimiento informado
- Secreto profesional
- Conocimiento, habilidad y medios técnicos
- Continuidad en el tratamiento
- Asistencia y consejo
- Intervención obligatoria

- Emisión de certificados
- Diagnostico,prescripción y tratamiento
- Obligación de Resultados⁴⁴

5.1. CONSENTIMIENTO INFORMADO.

La exigencia del consentimiento informado supone dar preeminencia, en el campo del Derecho Sanitario, al principio de autonomía de la persona. La Ley General de Sanidad lo recoge en términos amplios. En concreto, establece que es preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública (en cuyo caso la libertad individual debe ceder), cuando no se está capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas y cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.

44. V. José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, "Responsabilidad civil médico-sanitaria", editorial Aranzadi, Barcelona, 1983. V. también Javier SÁNCHEZ CARO: "El Derecho a la Información en la relación sanitaria: Aspectos civiles", Revista La Ley, Nº 3.340, Madrid, 3 de septiembre de 1.993

El consentimiento exige la previa información (se puede decir que se consiente hasta donde se informe), concibiéndose también de una forma amplia. En particular, la Ley General de Sanidad recoge el derecho del usuario a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento⁴⁵. Se regula también en la ley el derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos que hemos visto anteriormente, debiendo para ello solicitarse el alta voluntaria. De negarse a ello, la dirección del correspondiente centro sanitario, a propuesta del facultativo encargado del caso, podrá dar el alta⁴⁶.

Se recogen en la doctrina como supuestos límites los relativos al suicidio y a la convicción religiosa. En el primer caso se entiende que debe predominar la asistencia, ya que cabrá casi siempre la sospecha de que estemos en presencia de una depresión patológica. En el segundo (por ejemplo, los testigos de Jehová) puede ser útil la utilización del

45. V. Art. 10.5. y 6 de la Ley General de Sanidad.

46. V. Ley General de Sanidad, art. 10. 9 y art. 11. 4.

mecanismo derivado del alta voluntaria y del alta forzada, siempre que estemos en presencia de una actuación programada y no en una situación urgente. En definitiva, la discusión estriba aquí en determinar si el valor libertad debe de estar por encima del valor vida o integridad física.

5.1.1.- EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA Y EN LA UTILIZACION DE TEJIDOS HUMANOS.

En cuanto al campo de la realización de **técnicas de reproducción asistida humana y utilización de tejidos humanos**, la Ley se muestra especialmente rigurosa con el Consentimiento Informado, sin duda debido a las importantes implicaciones que se derivan de la practica de dichas actividades.

Así, conviene tener en cuenta los siguientes aspectos:

a) Personas a quienes corresponde prestar el consentimiento informado y contenido del mismo:

1.- La mujer usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida, a la que deberá informársele de las consecuencias de dichas técnicas, de los posibles resultados,

de los riesgos previsibles, así como también ponerle de manifiesto cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectarle⁴⁷.

2.- El marido y el varón no casado. Previa información en los términos indicados en el punto anterior, el marido habrá necesariamente de consentir la fecundación mediante técnicas de reproducción asistida, siempre y cuando no se encuentre separado de su esposa, de hecho, por mutuo acuerdo, o en virtud de sentencia firme de separación o divorcio. Y respecto del varón no casado cabe decir que, si bien su consentimiento a la fecundación de su pareja con contribución de donante no es obligatorio, su prestación tiene importantes consecuencias civiles⁴⁸.

3.- Los representantes legales del menor no emancipado o del incapaz. El consentimiento informado de los primeros es requerido para supuestos tales como la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas, procedentes de menores; para trasplantar a estos últimos células, tejidos u órganos embrionarios o fetales; para la donación por los propios menores de residuos quirúrgicos, de

47 V. los arts. 2.1.b, 2.2., 2.3, 6.1 y 6.2, de la Ley 35/1.998, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

48 V. los arts. 6.3, 6.4, 8.1, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

progenitores hematopoyéticos y de médula ósea, así como la implantación a los menores de tejidos humanos⁴⁹.

b) Personas a quienes corresponde recabar el consentimiento informado y formalidades que debe reunir.

La Ley hace recaer la responsabilidad de información y asesoramiento a los equipos médicos y a los responsables de los Centros o Servicios sanitarios donde se realicen las técnicas de reproducción asistida⁵⁰.

El consentimiento habrá de ser prestado de forma libre, consciente, expresa y por escrito, debiéndose reflejar la aceptación en un formulario de contenido uniforme, que se recogerá en la Historia Clínica⁵¹.

c) Enumeración de supuestos en los que se precisa el consentimiento informado:

1.- Para la donación de gametos y preembriones y su

49 V. los arts. 2.b.c y f, y 4.2, de la Ley 42/1.988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos. Y también los arts. 7.2 y 9, del Real Decreto 411/1.996, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

50 V. art. 2.2, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

51 V. arts. 2.2 y 19.3, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Y art. 7.1, del Real Decreto 411/1.996, de 1 de marzo.

utilización a los fines legalmente autorizados⁵².

2.- Para la donación de tejidos humanos a los mismos fines antes indicados⁵³.

3.- Para cualquier intervención con fines terapéuticos sobre el preembrión in vitro, así como sobre el embrión o feto vivo en el útero⁵⁴.

4.- Para la investigación o experimentación en preembriones vivos⁵⁵.

5.- Para la donación y utilización de embriones o fetos humanos o de sus estructuras biológicas⁵⁶.

52 V. art. 5.4, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; arts. 2.3 y 7, del Real Decreto 412/1.996, de 1 de marzo, por el que se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana; y arts. 7 y 12, del Real Decreto 413/1.996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

53 V. art. 7, del Real Decreto 411/1.996, de 1 de marzo.

54 V. art. 13.3.a, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Y arts. 5.1 y 5.2, de la Ley 42/1.988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos.

55 V. art. 15.1.a, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

56 V. art. 2.b, de la Ley 42/1.988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos de sus Células, Tejidos u Organos.

6.- Para la obtención de tejidos humanos con fines terapéuticos⁵⁷.

7.- Para la utilización de células, tejidos u órganos embrionarios o fetales para transplante a personas enfermas⁵⁸.

d) Eficacia post mortem del consentimiento informado:

Otra de las peculiaridades del consentimiento informado, en el ámbito de la reproducción asistida humana, radica en la existencia de supuestos en los que la conformidad respecto a la disponibilidad del material propio, manifestada en vida de una persona, despliega también sus efectos después de la muerte de dicha persona.

En efecto, solo podrá utilizarse el material genético de una persona fallecida para fecundar a su mujer, si además de darse las circunstancias objetivas contempladas en la Ley, el difunto lo consintió en vida, en escritura pública o en su propio testamento⁵⁹.

e) La omisión del consentimiento informado: infracción grave.

57 V. art. 7.1, del Real Decreto 411/1.996, de 1 de marzo.

58 V. arts. 4.1 y 4.2, de la Ley 42/1.988, de 218 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células Tejidos u Organos; y art. 9, del Real Decreto 411/1.996, de 1 de marzo.

59 V. art. 9.1, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; y art. 9, de la Ley 7/91, de 27 de abril, del Parlamento de Cataluña.

En consecuencia con la mayor rigurosidad del consentimiento informado en materia de reproducción asistida humana, y sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales a que su ausencia pudiera dar lugar, la normativa específica, que regula este campo de la medicina, contempla de forma expresa, como conducta constitutiva de una infracción grave, la del facultativo que prescinde de recabar el consentimiento informado de las personas afectadas⁶⁰.

5.2. EL SECRETO PROFESIONAL

Destaca, a propósito del secreto profesional, la carencia de una regulación general en nuestro Derecho positivo.

La Ley General de Sanidad recoge el respeto a la intimidad y a la confidencialidad de toda la información relacionada con el proceso y la estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

Además, establece, por lo que se refiere a la historia clínica, que estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados

60 V. arts. 19.2 y 20.A.c, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida; y art. 9.2.A.b., de la Ley 42/1.988, de 28 de diciembre, sobre Donación y Utilización de Embriones y Fetos Humanos o de sus Células, Tejidos u Organos.

en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados 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. Por último ha de tenerse en cuenta la obligación de comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica ó de determinados datos contenidos en la misma, sin perjuicio de la obligación de su conservación en el Centro sanitario ⁶¹.

En concreto, la violación del secreto profesional por parte de los médicos no estaba contemplada en el Código Penal anterior como un delito específico (a diferencia de lo que ocurría con los abogados y procuradores). No obstante, dicho Código Penal sancionaba al funcionario público que revelase los secretos de que tuviera conocimiento por razón de su oficio, tipificándose un delito concreto cuando el funcionario público descubría los secretos de un particular. Pues bien, según reiterada jurisprudencia,

61. V.Art. 10.1, 3 y 61 de la Ley General de Sanidad y Anexo I. 5,6º del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

los farmacéuticos, médicos y enfermeras de la Seguridad Social, a los efectos penales, tenían la consideración de funcionarios públicos. En conclusión, podían incurrir en los delitos antes mencionados. En cambio, el Código Penal vigente parte de una posición distinta y sanciona, como veremos después, al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona⁶². Por otro lado, los médicos tienen el deber de denunciar (la excepción solo ampara a abogados, procuradores o eclesiásticos) y el deber de declarar, estableciéndose aquí también la excepción solo para abogados, eclesiásticos o funcionarios cuando no pudieran declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuvieran obligados a guardar⁶³.

En el ámbito puramente civil, según la ley, constituye intromisión ilegítima la revelación de datos privados de una persona o familia, conocidos a través de la actividad profesional y oficial de quien lo revela, si bien no se aprecia intromisión ilegítima

62. V. Arts. 367, 368 y 119 del Código Penal anterior y 199.2 del vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre).

63. V. Arts. 262. 410, 416 y 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

cuando se autorice por ley o cuando se otorgue consentimiento expreso⁶⁴.

5.2.1.- EL SECRETO PROFESIONAL EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA DE TEJIDOS HUMANOS.

Dentro del campo de las técnicas de **Reproducción Asistida Humana y utilización de tejidos humanos**, la Ley se muestra especialmente exigente con el deber de confidencialidad.

De este modo, la normativa vigente obliga a que todos los datos relativos a la utilización de las citadas técnicas se recojan en historias clínicas individuales, que habrán de ser tratadas con la debida reserva y protección.

En concreto, se impone un estricto secreto respecto de las siguientes cuestiones⁶⁵:

1.- Sobre la **identidad de donantes** de gametos y preembriones, y de tejidos humanos, así como de los **usuarios**

64. Art. 2.2. de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo, sobre Protección Civil de Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

65 V. arts. 2.5, 5.1, 5.5, 7.2 y 19.3 del Real Decreto 411/1.966, de 1 de marzo, por el que se regulan las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos.

y **receptores** de unos y otros. La donación debe ser anónima, y los datos del donante tienen que custodiarse con el más riguroso secreto, y en clave, en los Bancos respectivos y en el Registro Nacional de Donantes.

2.- Sobre la posible **esterilidad de los usuarios** de las técnicas de reproducción asistida.

3.- Sobre las **circunstancias que concurren en el origen de los hijos** nacidos por estos procedimientos.

Pero existen también **excepciones al deber de secreto**, que operan en los dos siguientes supuestos:

En el caso de la donación de gametos y preembriones, los hijos, por sí, o a través de sus representantes legales, y las receptoras de gametos, tienen derecho a obtener información general de los donantes. Asimismo, puede incluso revelarse la identidad del donante, cuando exista un comprobado peligro para la vida del hijo, o cuando proceda con arreglo a las leyes procesales penales⁶⁶.

5.3. CONOCIMIENTO, HABILIDAD Y MEDIOS TÉCNICOS.

66 V. art. 5.5, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre.

A la obligación de conocimiento ya nos hemos referido al principio (necesidad de un conocimiento actualizado). La habilidad es una consecuencia de la ciencia médica, que es además una técnica y un arte, hablándose de algunos casos típicos (la impotencia en la mano, que afecta al cirujano, y la borrachera).

La obligación de medios técnicos supone un material adecuado para el diagnóstico, en correcto estado de funcionamiento y en función de la rama o especialidad que se profese. El problema límite que aquí se puede plantear es la abstención de actuar, cuando no se tiene los medios adecuados, salvo situaciones de urgencia.

5.3.1.-CONOCIMIENTO, HABILIDAD Y MEDIOS TECNICOS EN LAS TECNICAS DE REPRODUCCION ASISTIDA HUMANA Y EN LA UTILIZACION DE TEJIDOS HUMANOS.

Por lo que se refiere al ejercicio de las **técnicas de reproducción humana asistida y a la obtención e implantación de tejidos humanos**, y debido a las perniciosas consecuencias que de un ejercicio indebido o defectuoso de estas actividades podrían derivarse, la Ley se muestra extraordinariamente exigente con los aspectos relativos a la

cualificación profesional y medios técnicos de quienes las desarrollan, imponiendo incluso un **control por las autoridades públicas** de los centros o servicios donde las mismas tienen lugar⁶⁷.

El Ordenamiento regula pormenorizadamente los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros sanitarios, relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida, y utilización de tejidos humanos, especificando la cualificación profesional y recursos humanos mínimos, con los que deben contar inexcusablemente los equipos médicos que desarrollan estas actividades⁶⁸

5.4. OBLIGACIÓN DE CONTINUIDAD EN EL TRATAMIENTO.

Bajo este epígrafe se comprenden todos los problemas relativos a la responsabilidad del médico en caso de abandono del enfermo y el problema de la

67 V. art. 19.1, de la Ley 35/1.988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

68 V. Real Decreto 413/1.996, de 1 de marzo, por el que se establecen los requisitos técnicos y funcionales precisos para la autorización y homologación de los centros y servicios sanitarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida.

atención médica continuada, en relación con las ausencias justificadas o no del médico. La regla general es, naturalmente, la del no abandono del tratamiento hasta que se encargue otro médico, salvo culpa del paciente.

5.5. OBLIGACIÓN DE ASISTENCIA Y CONSEJO

La obligación de asistencia, que no solamente es técnica sino también moral (los enfermos desahuciados tienen también derecho a la asistencia), plantea grandes problemas que abordamos aquí solamente en síntesis.

En primer lugar toda la cuestión referente a la experimentación en seres humanos, que ha recibido un tratamiento innovador en la vigente ley del Medicamento⁶⁹.

En segundo lugar la cuestión relativa a la eutanasia, que hay que situar en nuestro Derecho en los delitos de homicidio y de cooperación e inducción al

69. V. Arts. 59 a 69 de la Ley del Medicamento (Ley 25/1990 de 20 de diciembre, desarrollada por R.D. 561/1993 de 16 de abril, por el que se establecen los requisitos para la realización de ensayos clínicos con medicamentos). V. el libro "Ensayos Clínicos en España", Servicio de Publicaciones del Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1989.

suicidio, como veremos más adelante y, en tercer lugar, el deber de intervención obligatoria, que hace referencia a aquellos casos de urgente e inaplazable necesidad y en los que se exige una actuación por parte del facultativo.

5.6. EMISIÓN DE CERTIFICADOS

Esta cuestión, que no es más, que una consecuencia del derecho a la información, se aborda por la Ley General de Sanidad al establecer que el usuario tiene derecho a que se le extienda un certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria⁷⁰.

5.7. OBLIGACIÓN DE DIAGNÓSTICO, PRESCRIPCIÓN Y TRATAMIENTO.

Es, desde luego, la más importante y compleja y conforma los deberes propiamente médicos. Es aquí donde se establecieron los límites al principio de

70. V. Art. 10.8 de la Ley General de Sanidad y SÁNCHEZ CARO J., GALLEGO RUESTRA S. e HINOJAL FONSECA R., "El médico general y los certificados de salud", en *Medicina y Ley*, nº 11, Septiembre 1993. V. asimismo el Real Decreto 63/1995 de 20 de Enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, ya citado.

responsabilidad. Así, el error de diagnóstico que no genera responsabilidad sino es inexcusable. A este respecto, nuestra Jurisprudencia define el error inexcusable como aquel de notoria gravedad o aquellas conclusiones absolutamente erróneas a las que un médico normal no habría llegado. O bien, aquel diagnóstico a la ligera, que se realiza sin practicar las comprobaciones o exámenes requeridos en cada caso. Por último, en esta obligación es donde se formuló la tesis de la no ingerencia en controversias científicas. Es decir, la responsabilidad termina donde empiezan las discusiones científicas, porque los jueces y los juristas deben evitar siempre el ridículo de terciar entre Hipócrates y Galeno. Es evidente, por lo demás, que las circunstancias excepcionales, tales como las urgencias, pueden disminuir o extinguir la posible responsabilidad.

6. PERSONAS RESPONSABLES

La responsabilidad en el campo del Derecho Sanitario es un fenómeno complejo, derivado, en gran medida, de la intervención de diversos profesionales. Dicha intervención puede realizarse en forma simultánea o en forma sucesiva. En

el primer caso, la principal cuestión que se plantea es la de la medicina en equipo, que tendremos ocasión de analizar en el campo del Derecho Penal y que se rige, fundamentalmente, por lo que se conoce como el principio de la confianza. En el segundo caso, la relación más antigua y, por tanto, la más estudiada, es la que vincula al médico de cabecera con el especialista. El principio del que hay que partir es el cada uno asume su propia responsabilidad. No obstante, hay que afirmar que existe responsabilidad en el médico de cabecera que no envía el paciente al especialista cuando sea necesario o cuando, sin motivo, no sigue el criterio del especialista. La razón estriba en que, como es lógico, el especialista domina un campo menor, pero con mayores conocimientos. Esto quiere decir, desde el punto de vista de la responsabilidad, que la del especialista es una responsabilidad mas intensa pero menos extensa que la del médico de cabecera o de medicina general.

7. MIRANDO HACIA EL FUTURO⁷¹.

Con la finalidad de prevenir los efectos indeseados de la conflictividad se ha buscado diferentes soluciones. Como tales se pueden enumerar las siguientes:

7.1. Las llamadas comisiones de conciliación o arbitraje.

71. V. Carlos M.ROMEO CASABONA, "Responsabilidad Penal y Responsabilidad Civil de los Profesionales". "Presente y futuro de los conceptos de negligencia y riesgo. Perspectivas". "La Ley Número 3.380". 1993.

Este sistema es propio de algunos países del norte de Europa y persigue, a través de un órgano compuesto de médicos y juristas, analizar las reclamaciones. Puede ser una buena aproximación al problema, ya que contempla tal comisión aquellos aspectos técnico-científicos que pudieran no ser debidamente valorados por el Tribunal.

7.2. Los fondos indemnizatorios.

Estos fondos se ponen inmediatamente en funcionamiento cuando el usuario sufre un daño que no está obligado a soportar y sin necesidad de iniciar persecuciones innecesarias de los profesionales sanitarios. Los fondos se nutren con diversas aportaciones, que tienden a poner de relieve los diversos intereses implicados (empresa, usuarios y profesionales).

7.3. La técnica del seguro.

En este caso se trata, como es evidente, de asumir los riesgos indemnizatorios mediante el pago de una prima⁷².

72. La técnica del seguro, con diversas variantes, es el sistema vigente de la práctica totalidad del Sistema Nacional de Salud.

8. SÍNTESIS JURISPRUDENCIAL EN EL ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD MÉDICA CIVIL.

La doctrina del Tribunal Supremo ha venido matizando la responsabilidad exigible a médicos y otros profesionales sanitarios al declarar:

- 8.1** En los supuestos de responsabilidad por infracción de los deberes profesionales, no es de generalizada aplicación la inversión de la carga de la prueba.
- 8.2** En la conducta de los profesionales queda, en general, descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva, sin que opere, como se ha dicho, la inversión de la carga de la prueba, admitida por la Sala 1ª del Tribunal Supremo para los daños de otro origen, estando, por tanto, a cargo del paciente la prueba de la relación o nexo de causalidad y la de la culpa, ya que a la relación causal, material ó física, ha de sumarse el reproche culpabilístico.
- 8.3** La obligación contractual o extracontractual del médico, y más en general la del personal sanitario, no es la de obtener en todo caso la recuperación del enfermo, o lo que es igual, **no es la suya una obligación de resultados sino una obligación de medios**, lo que comporta, no una obligación de curar al enfermo, sino proporcionarle todos

lo cuidados que requiera según el estado de la ciencia, atendiéndose al principio de la llamada "lex artis ad hoc", módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, al proclamar que la actuación de los médicos debe regirse por esa "lex artis ad hoc", es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación o intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional.

8.4 Se entiende la "**Lex artis ad hoc**" como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina (ciencia o arte médico), que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida.

Resumiendo, la responsabilidad que examinamos precisa de la concurrencia de los elementos que la integran (sintéticamente reducidos a los de acto-culpa-daño-causa), desterrándose para estos casos la responsabilidad objetiva e inversión de la carga de la prueba, y lo que es más importante, que el paciente,

titular de

la acción que se ejercita, pruebe cumplidamente la relación ó nexo de causalidad entre la conducta del agente y el resultado, y además, la de la culpa del médico⁷³.

VI. LA RESPONSABILIDAD EN EL ÁMBITO PENAL: LOS DELITOS Y LAS FALTAS

Ya hemos hablado anteriormente de los delitos y de las faltas (pecados mortales y veniales, según la terminología de nuestros clásicos). Para nuestra introducción podemos decir que el delito es un acto humano, antijurídico, típico, culpable y punible.

El delito es un **acto humano** realizado por acción u omisión. Esto deja fuera los hechos de los animales o los acontecimientos fortuitos y ajenos al obrar humano.

Ese acto humano tiene que ser contrario a una norma jurídica, que es lo que quiere decir **antijurídico**.

73. V. Sentencias siguientes del Tribunal Supremo: 24-5-90; 23-12-92; 7-2-90; 7-2-92; 8-10-92; 13-10-92; 23-3-93; ... 17-9-93, etc.

La acción ha de **ser típica**, esto es, no basta que sea contraria a una norma. No toda acción antijurídica constituye delito. Es preciso que la acción se encuadre en un tipo legal, en una figura de delito. La antijuridicidad tiene que estar tipificada, esto es, descrita en una conducta que no deje lugar a dudas y con la finalidad de no causar indefensión.

Ha de ser imputable a dolo (intención) o a culpa (imprudencia). Esto es lo que quiere decir **culpable**, en sentido amplio.

Por último, ha de ser **punible**, esto es, la acción u omisión, el acto humano, ha de estar sancionado con una pena, pues de lo contrario no existe el delito.

Cuando se habla de responsabilidad penal en el ámbito médico, se hace referencia al estudio de unas figuras delictivas que están relacionadas con las profesiones sanitarias. En tal sentido, se puede hacer referencia a las siguientes:

- **Aborto.**
- **Lesiones.**
- **Manipulación genética**
- **Detenciones ilegales**
- **Omisión de socorro y denegación de auxilio**
- **Descubrimiento y revelación de secretos**
- **Suposición de parto**
- **Falsedades**

- **Intrusismo**
- **Liberación de energía nuclear o de elementos radioactivos**
- **La imprudencia médica**

A todos ellos nos vamos a referir a continuación, si bien hay que hacer hincapié en las que consideramos que puedan ser más importantes desde el punto de vista práctico.

Referencia al Código Penal de 1995

El vigente Código Penal⁷⁴ tiene como objetivo la adaptación de los preceptos penales a los valores de la Constitución. En lo que aquí interesa se puede destacar las siguientes características:

- A. Utilización frecuente de la pena de **inhabilitación especial**, como veremos más adelante (por ejemplo, en el caso de muerte o lesiones importantes por imprudencia grave, que abarca de tres a seis años -muerte- o de uno a cuatro años -lesiones importantes-, cuando se produzcan por imprudencia profesional, siendo este el supuesto frecuente entre los profesionales sanitarios).

Hay que tener en cuenta que la pena de inhabilitación especial priva al penado de la facultad de ejercer la profesión durante el

74. Aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de Noviembre (BOE, nº 281 de 24 de Noviembre) y en vigor desde el 24 de Mayo de 1996 (Disposición Final Séptima).

tiempo de la condena⁷⁵. Esto quiere decir que, cuando la privación es importante, en razón del tiempo marcado, en ocasiones puede obligar al cambio de actividad.

B. Disminución de las penas privativas de libertad, en relación con el Código anterior. Si bien hay que tener en cuenta que, ahora, no se puede redimir penas por trabajo (un día de pena por dos de trabajo), por lo que, en definitiva, la rebaja es relativa.

C. La regla general, en las condiciones marcadas por la Ley, es la suspensión de las penas privativas de libertad inferiores a dos años, dando, en consecuencia, un importante margen a los profesionales sanitarios⁷⁶.

1. ABORTO

Lo que se protege en el caso del aborto (lo que técnicamente se llama el bien jurídico protegido) es la vida humana dependiente y la conducta tipificada es aquella acción que se dirige a producir la muerte del feto.

75. Artículo 45 del Código Penal.

76. Artículos 80 y 99. Código Penal.

Con carácter general el aborto es un delito y solo en tres casos, que veremos más adelante, ha sido objeto de despenalización.

La prohibición abarca a médicos, matronas, practicantes y personas en posesión de títulos sanitarios.

1.1. Los tres **casos despenalizados** son de reciente implantación⁷⁷ y son conocidos como la indicación terapéutica, la indicación ética (violación) y la indicación eugenésica (graves taras).

a) La indicación terapéutica.

En este caso se trata de evitar un grave peligro para la vida o salud física o psíquica de la embarazada, cuando así conste en un dictamen emitido con anterioridad a la intervención por un médico de la especialidad correspondiente, distinto de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. En caso de urgencia, por riesgo vital para la gestante, puede prescindirse del dictamen y del consentimiento expreso.

77. V. Ley Orgánica 9/85, de 5 de junio, reguladora del aborto no punible, que sigue en vigor después del nuevo Código Penal.

b) La indicación ética (violación).

En este caso se exige que el embarazo sea consecuencia de un hecho constitutivo de delito de violación, siempre que el aborto se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación y que el mencionado hecho hubiese sido denunciado.

c) La indicación eugenésica (graves taras).

En este caso se parte de la presunción de que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que el dictamen, expresado con anterioridad a la práctica del aborto, sea emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado al efecto, y distintos de aquel por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto.

En los tres casos se requiere que el aborto se practique por un médico, o bajo su dirección en centro o establecimiento sanitario, público o privado,

acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada.

El médico o el profesional sanitario, en su caso, puede ampararse en la objeción de conciencia para no llevar a cabo el aborto, salvo los casos de urgencia. Dicha objeción es aplicable directamente al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica o religiosa⁷⁸. No es, pues, necesaria una regulación mas detallada, aunque desde luego sea deseable. En definitiva, es un derecho del personal sanitario que actúe de una manera directa en la realización del acto abortivo⁷⁹.

1.2. Los casos de aborto penalizados, esto es, que siguen siendo delito en el Código Penal, pueden clasificarse de la siguiente manera⁸⁰:

A. Aborto sin consentimiento de la mujer (se

78. V. Art. 16.1 de la Constitución Española y Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985.

79. V. R.D. 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados y dictámenes preceptivos para la practica legal de la interrupción voluntaria del embarazo. V. también la Orden de 31 de julio de 1985 sobre la práctica del aborto en centro o establecimientos sanitarios.

80. Artículos 144, 145 y 145 del Código Penal.

equipara la violencia, la amenaza o el engaño).

Pena de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de tres a diez años.

B. Aborto con consentimiento de la mujer, fuera de los casos permitidos por la Ley.

Prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de uno a seis años, en los mismos términos que la anterior.

C. Tipo privilegiado.

Se aplica a la mujer que produjere un aborto o consintiere que otra persona se lo cause, fuera de los casos permitidos por la Ley.

Prisión de seis meses a un año o multa de seis a veinticuatro meses.

D. Aborto por imprudencia grave.

Arresto de doce a veinticuatro fines de semana, si bien, cuando fuere cometido por imprudencia profesional, se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de uno a tres años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

2. LESIONES

Son conductas que afectan directamente a la salud física o mental y a la integridad corporal. De las variadas cuestiones que plantea el Código Penal⁸¹ vamos a ocuparnos aquí de tres aspectos muy concretos:

A. La distinción entre el delito y la falta. Para el Código Penal existe delito siempre que las lesiones requieran para

81. V. Arts. 147 y ss. del Código Penal.

su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, si bien la simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considera tratamiento médico.

B. El consentimiento en las lesiones. Como regla general el consentimiento del lesionado no impide que estemos en presencia de un delito, aunque la pena se rebaja en uno o dos grados. Como excepción, si es relevante el consentimiento, y no hay delito por tanto, cuando se trata de curar, en el caso de los trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual.

En concreto, el Código entiende que no es punible la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica, cuando aquella haya sido autorizada por el Juez a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz.

C. Clasificación. Las lesiones se clasifican en tres tipos, según su gravedad:

C.1. Tipo genérico: el que, por cualquier medio o

procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.

Pena de prisión de seis meses a tres años.

Se castigará con pena menor cuando el hecho descrito sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido (arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses).

C.2. 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 seis a doce años.

C.3. Pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal o la deformidad.

Prisión de tres a seis años.

C.4. Imprudencia grave con resultado de lesiones anteriores.

C.4.1. Lesiones del tipo genérico (C.1.).

Arresto de siete a veinticuatro fines de semana.

C.4.2. Pérdida o inutilidad de miembro principal (C.2.).

Prisión de uno a tres años.

C.4.3. Pérdida o inutilidad de órgano o miembro principal (C.3.)

Prisión de seis meses a dos años.

En todos los casos de imprudencia, cuando las lesiones fueren cometidas por imprudencia profesional, se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de uno a cuatro años.

C.5. Lesiones al feto

El Código Penal prohíbe causar en el feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica.

Pena de prisión de uno a cuatro años y, además, inhabilitación especial para ejercer cualquier profesión sanitaria ó para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios ginecológicos, públicos o privados, por tiempo de dos a ocho años.

C.6. Lesiones al feto por imprudencia grave.

Pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana. Si los hechos se hubieren cometido por imprudencia profesional, se impondrá, asimismo, la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo, por un período de seis meses a dos años.

La embarazada no será penada a tenor de este precepto.

3. MANIPULACIÓN GENÉTICA⁸²

Los delitos relativos a la manipulación genética constituyen una innovación del Código Penal de 1995, fruto de la honda preocupación doctrinal sobre estas cuestiones.

Pueden clasificarse de la siguiente manera:

3.1. Alteración del genotipo

"Los que con finalidad distinta a la eliminación o disminución de taras o enfermedades graves manipularen genes humanos de manera que se altere el genotipo".

Pena: prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de siete a diez años.

3.2. Alteración del genotipo por imprudencia grave

Pena: multa de 6 a 15 meses e inhabilitación especial de 1 a 3 años.

82. Arts. 159 a 162 del Código Penal.

3.3. Ingeniería genética para producir armas biológicas

"La utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas exterminadoras de la especie humana".

Pena: prisión de 3 a 7 años e inhabilitación especial de siete a diez años.

3.4. Fecundación irregular de óvulos

"Fecundar óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana"

Pena: prisión de uno a cinco años e inhabilitación especial de seis a diez años.

3.5. Clonación

"La creación de seres humanos idénticos por clonación u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza".

Las mismas penas que la figura anterior.

3.6. Reproducción asistida sin consentimiento

"Practicar reproducción asistida en una mujer sin su consentimiento"

Pena: prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de uno a cuatro años.

Se requiere en este caso la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal. Cuando sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciarlo el Ministerio Fiscal.

VI.4. OMISIÓN DEL DEBER DE SOCORRO Y DENEGACIÓN DE AUXILIO

Se protege aquí la solidaridad humana bajo diferentes formas, que dan lugar a otras tantas figuras delictivas:

4.1. Omisión del deber de socorro personal

La solidaridad se proyecta aquí sobre la vida y la integridad física y la conducta consiste en no

socorrer a persona que se haya desamparada o en peligro manifiesto o grave, cuando puede prestarse sin riesgo propio ni de tercero (multa de tres a doce meses). Basta el simple conocimiento de una persona en tal situación (por ejemplo, médico requerido que no acude al lugar del accidente)⁸³. No se distingue, por lo demás, entre personal sanitario y no sanitario.

4.2. Omisión de petición de socorro

"En las mismas penas incurrirá el que impedido de prestar socorro no demanda con urgencia auxilio ajeno".

4.3. Omisión de socorro a víctima de accidente

A. Caso de accidente fortuito

Prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses.

B. Caso de accidente por imprudencia

83. V.Código Penal arts. 195 y Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de Enero de 1958.

Prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses.

Basta darse a la fuga para que exista el delito. Es preciso la existencia de peligro grave y manifiesto y el desamparo de la víctima. Por eso, si la víctima ya estaba muerta o acuden otras personas a atenderla, no existe delito.

4.4. Omisión de socorro por profesionales sanitarios

El Código Penal ha contemplado esta nueva figura, cuyo ámbito subjetivo son los profesionales sanitarios. Se describe así:

"El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas".

Penas: las anteriormente referidas en su mitad superior, además de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por

tiempo de seis meses a tres años⁸⁴.

Se trata, pues, de un delito específico, que sanciona la mera inactividad del profesional sanitario en las condiciones tipificadas por el Código Penal y que ha de ser sometido al sistema de jurado, con lo que se agrava su trascendencia social, además de la pena⁸⁵.

DENEGACIÓN DE AUXILIO

Incorre en este delito el funcionario público (el médico puede serlo) que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que está obligado por razón de su cargo, para evitar un delito u otro mal, se abstuviese de prestarlo sin causa justificada (multa de 3 a 24 meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de 6 meses a 6 años)⁸⁶.

5. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS⁸⁷

El nuevo Código Penal, a diferencia del anterior, incluye dentro del epígrafe citado una serie de conductas que pueden

84. Art. 196 del Código Penal.

85. Disposición Final Segunda del nuevo Código Penal de 1996.

86. V. Código Penal, art. 412.3.

87. V. Código Penal, arts. 197 a 201.

afectar a los profesionales sanitarios.

5.1. Divulgación de los secretos de otra persona por profesionales⁸⁸.

En esta figura penal se recoge, por tanto, la protección penal del secreto médico. Se describe así:

"El profesional que, con incumplimiento de una obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona".

Pena: prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial de dos a seis años.

Dentro de la palabra profesional hay que comprender a todas las personas encuadradas en el arte de curar, incluyendo profesionales de la medicina o enfermería, así como a los farmacéuticos.

Divulgar los secretos de otra persona es tanto como comunicarlos a tercero, que no los conoce

88. V. José Manuel MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, "La protección penal del secreto médico en el Derecho español". Actualidad Penal, número 10, 1996.

ni tiene por qué conocerlos. Dicha divulgación ha de hacerse con incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva, esto es, sin que exista causa justificada para la revelación del secreto.

No existe incumplimiento de la obligación de sigilo o reserva cuando el propio interesado autoriza la divulgación, si bien debería mantenerse el secreto cuando afecte a dos o más personas y la revelación pueda perjudicar a cualquiera de ellas.

Se puede citar algunas causas de exoneración de la obligación de guardar secreto.

A) La obligación de denunciar.

Así lo establece la Ley de Enjuiciamiento Criminal al referirse al profesor de Medicina, Cirugía ó Farmacia cuando tuviere relación con el ejercicio de una actividad profesional, obligando a denunciar determinados hechos delictivos⁸⁹.

89. V. Art. 262. Ley de Enjuiciamiento Criminal.

B) Obrar en virtud de un estado de necesidad⁹⁰.

Se citan como tales el médico que debe dar parte de la enfermedad infecciosa de su paciente al otro miembro de la familia; el facultativo que advierte al Director de un Colegio de la existencia de una enfermedad contagiosa en el mismo, o el médico que pone en conocimiento del dueño de una casa el padecimiento de un sirviente.

C) Las enfermedades de declaración obligatoria, en cuanto tal actividad es necesaria por razones epidemiológicas y de salud pública.

D) La defensa del médico en causa penal por homicidio o lesiones culposas, ya que la defensa del facultativo entraña un interés superior al deber de secreto.

5.2. Revelación de secretos ajenos por razón del oficio o relaciones laborales

90. Art. 20.5º, 1 del Código Penal.

"El que revelare secretos ajenos de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o sus relaciones laborales"

Pena: prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Se observará que aquí no se trata ni se refiere a profesionales.

5.3. Delitos que protegen la intimidad de los datos, objeto de tratamiento automatizado.

Como tales hay que referirse a los siguientes:

A. "El que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro, que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado"

Pena: prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

B. "Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero".

Esta hipótesis puede plantear los supuestos de acceso "por cualquier medio", sin autorización, a la historia clínica de un paciente.

C. Si los hechos descritos en los apartados anteriores afectan a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere un menor de edad, se impondrán las penas previstas en su mitad anterior.

En los delitos relativos al descubrimiento y revelación de secretos es necesaria la denuncia de la persona agraviada o de su representante legal, salvo en los casos de menores, incapacitados o desvalidos, en que puede denunciar también el Ministerio Fiscal.

El perdón del ofendido o de su representante legal, en su caso, extingue la acción penal o la pena impuesta, si bien el juez puede no admitirlo en el caso de menores o incapacitados.

6. SUPOSICIÓN DE PARTO⁹¹

6.1. Suposición de parto. Pena: prisión de seis meses a dos años.

6.2. Alteración de la paternidad. Las mismas penas al que ocultare o entregare a terceros un hijo, para alterar o modificar su filiación.

6.3. Sustitución de un niño por otro. Pena: prisión de uno a cinco años.

6.4. Sustitución en Centro Sanitario. "Las sustituciones de un niño por otro que se produjeren en Centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave de los responsables de la identificación y custodia". Pena: prisión de seis meses a un año.

6.5. Figura agravada. Cuando lo lleven a cabo el educador, facultativo, autoridades ó funcionario público. A la pena anterior hay que añadir la inhabilitación especial de dos a seis años. A efectos de este artículo, el término

91. Arts. 220 a 222 del Código Penal.

"facultativo" abarca a médicos, matronas, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o sociosanitaria.

7. FALSEDADES⁹²

7.1. Falsificación de certificados.

Se sanciona al facultativo que librare certificado falso. Pena: multa de tres a doce meses.

7.2. Autoridad o funcionario público que librare certificación falsa.

Pena: suspensión de seis meses a dos años.

7.3. Autoridad o funcionario público que, en el ejercicio de funciones, cometa falsedad:

A) Alterando un documento en alguno de sus requisitos o elementos de carácter esencial.

92. Arts. 390 y ss. del Código Penal.

- B)** Simulando un documento en todo o en parte, de manera que induzca a error en su autenticidad.
- C)** Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido, o atribuyendo a las que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieran hecho.
- D)** Faltando a la verdad en la narración de los hechos.

Penal: prisión de tres a seis años e inhabilitación especial de dos a seis años.

7.4. Falsedad de autoridad o funcionario público cometida por imprudencia grave.

Penal: Multa de seis a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a un año.

8. INTRUSISMO⁹³

93. Art. 403 del Código Penal.

La conducta consiste en ejercer actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente.

Pena: multa de seis a doce meses.

Si la actividad profesional desarrollada exigiere un título oficial, que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para un ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, la pena será de multa de tres a cinco meses.

Se discute doctrinalmente si esta nueva especificación podría abrir la puerta al intrusismo entre especialidades, aplicándose una pena menor.

Si el culpable, además, se atribuyere públicamente la cualidad profesional amparada por el título referido, la pena será la prisión de seis a dos años.

Ténganse en cuenta, por último, que los actos de curanderismo, con prácticas supersticiosas, oraciones, imposiciones de manos etc. no son propias de la profesión sanitaria y por ello no parece que puedan incluirse entre los actos de intrusismo.

9. LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL MÉDICO POR IMPRUDENCIA

Como nos es conocido, los actos delictivos pueden ser dolosos, esto es, intencionales, o culposos esto es, realizados por imprudencia o negligencia. Nos ocupamos a continuación de estos últimos, que son los que tienen mayor importancia y trascendencia en el mundo del Derecho Sanitario.

Sus requisitos son los siguientes:

1. Una acción u omisión, consciente y voluntaria, pero no intencional.
2. Que el acto se ejecute sin adoptar aquellas cautelas o precauciones necesarias para evitar resultados perjudiciales (por ejemplo, conducir a gran velocidad en calle concurrida).
3. El resultado dañoso debe ser previsible para el que actúa.

La previsibilidad se aprecia teniendo en cuenta:

- El hecho que se realiza: ha de ser previsible conforme a las experiencias de la vida cotidiana (por ejemplo, lanzar

pedras al aire en lugar de mucha concurrencia)

- La personalidad del agente, su cultura: el deber evitar presupone el poder evitar.

Se imputa, pues, el resultado dañoso al que podía preverlo (por ejemplo, al cirujano imperito que emprende una delicada operación quirúrgica o al maquinista daltónico que continua en su profesión).

4. Relación de causa o efecto entre el acto inicial y el resultado.

1. DELITOS Y FALTAS DE IMPRUDENCIA

El Código distingue entre delitos y faltas de imprudencia, como veremos a continuación.

La técnica utilizada por el texto legal consiste en determinar en cada una de las figuras delictivas (por ejemplo, el homicidio), si puede ser cometida por imprudencia, además de cometerse de modo intencional. En este sentido se observa una importante modificación respecto del Código Penal anterior, en cuyo texto se regulaba la imprudencia de una manera única, conceptual y de aplicación común para todos los delitos o faltas que admitían esta

modalidad de comisión⁹⁴.

La técnica penal actual es, pues, una técnica casuística (hay que averiguar si una modalidad delictiva puede ser cometida por imprudencia, mediante la lectura de las modalidades descritas en el título correspondiente).

1.1. Según el Código Penal se puede cometer por imprudencia

los siguientes delitos relacionados con el Derecho

Sanitario y que ya hemos visto:

- a. El homicidio, que requiere imprudencia grave⁹⁵.
- b. El aborto, que requiere imprudencia grave⁹⁶.
- c. Las lesiones, que requieren imprudencia grave y un resultado tipificado e importante⁹⁷.
- d. Las lesiones al feto, que requieren imprudencia grave⁹⁸.
- e. La manipulación ilegal de genes humanos, que requiere imprudencia grave⁹⁹.

94. V. Código Penal anterior, arts. 565 y 586 bis.

95. Art. 142. Código Penal.

96. Art. 146. Código Penal.

97. Art. 152. Código Penal.

98. Art. 158. Código Penal

99. Art. 159. Código Penal.

- f. Las falsedades de autoridad y funcionarios, que requieren también imprudencia grave¹⁰⁰.
- g. Las sustituciones de niños en Centros sanitarios o sociosanitarios por imprudencia grave¹⁰¹

1.2. Las faltas de imprudencia, relacionadas con los temas que tratamos, son las siguientes:¹⁰²

- a. Los que por imprudencia grave causaren una lesión que no requiera, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. Pena: multa de uno a dos meses.
- b. Los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona. Pena: multa de uno a dos meses.
- c. Los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito. Pena: multa de quince a treinta días.

Las faltas descritas sólo se persiguen mediante denuncia de

100. Art. 391. Código Penal.

101. Art. 220.5. Código Penal.

102. Art. 621. Código Penal.

la persona agraviada o de su representante legal.

d. Abandono de jeringuillas¹⁰³.

Los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores. Pena: arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses.

e. Actividades sin seguro obligatorio¹⁰⁴.

Los que realizaren actividades careciendo de los seguros obligatorios de responsabilidad civil, que se exigieren legalmente para el ejercicio de aquellos. Pena: de uno a dos meses.

2. TERMINOLOGÍA

El Código habla sólo de imprudencia y de imprudencia

103. Art. 630. Código Penal.

104. Art. 636. Código Penal.

profesional, a diferencia del anterior texto, que hablaba de imprudencia, impericia y negligencia. En todo caso ha de entenderse que tales expresiones hacen referencia a la asunción de un riesgo excesivo, un riesgo no permitido, y haber infringido con ello unos deberes de cuidado (imprudencia); y, más específicamente, a la falta de los conocimientos necesarios para actuar, a la falta de habilidad, a la ineptitud, la no posesión de la capacidad requerida, en último termino (impericia); o a la no aplicación de esos conocimientos y habilidad, cuando se poseen (negligencia)¹⁰⁵.

3. CLASES DE IMPRUDENCIA

La Ley distingue la **imprudencia grave** y la **imprudencia leve**, a diferencia del Código Penal anterior que clasificaba las imprudencias en temeraria, simple con infracción de reglamentos y simple sin infracción de reglamentos. Por imprudencia grave ha de entenderse lo mismo que por imprudencia temeraria, en los términos que veremos más adelante, según la jurisprudencia.

4. LA INOBSERVANCIA DEL DEBER DE CUIDADO.

105. V. Carlos M^a ROMEO CASABONA, en “el Médico ante el Derecho”, ya citado, págs. 63 y ss.

Es un elemento difícil y complejo, pero fundamental, si bien no aparece precisado en el Código Penal, valorándose por el juez (lo que se denomina un tipo abierto). Se basa en dos elementos: el cuidado necesario en la relación de que se trate (la profesión médica, en nuestro caso) y su comparación con la acción ejecutada. (transfusión sanguínea o intervención de huesos largos, por ejemplo).

El deber de cuidados es objetivo y no subjetivo. Esto quiere decir que se exige un nivel mínimo de capacidad necesaria, por debajo del cual debemos abstenernos de actuar. Por otro lado, el deber objetivo impone un resultado previsible y se averigua mediante el procedimiento de sustitución, esto es, se compara con la actuación que hubiera llevado a cabo otro profesional médico en idénticas circunstancias y antes de que se produjera el resultado. Esto es lo que se conoce como "lex artis ad hoc" (la forma normal de actuar en la profesión médica, según las circunstancias).

La "lex artis" admite, pues, variaciones según los casos (medios de los que se dispone, mayores o menores posibilidades, ámbito rural o urbano, actuación normal o urgente, existencia o no de normas reglamentarias que lo delimitan..., generalista o especialista, etc...). El deber de cuidado ha adquirido, ahora, una gran complejidad merced a la medicina en equipo. Para solucionar este problema se acude al denominado principio de la confianza, que parte del principio de la responsabilidad personal (cada uno responde de aquello que está dentro de sus funciones),

pero que hace responsable a otro u otros cuando se den cuenta de la conducta impropia de un miembro del equipo y no actúen con diligencia para evitar el daño. Además, hay que tener en cuenta los deberes especiales del director del equipo (organización, coordinación, distribución de tareas, selección).

5. JURISPRUDENCIA¹⁰⁶

Se puede sintetizar de la siguiente manera:

- 1.-**No se incrimina el error científico, ni el de diagnóstico, salvo que cualitativa y cuantitativamente sean inexcusables, esto es, de extrema gravedad (por ejemplo, no hacer las comprobaciones mínimas, según la "lex artis" o formular un diagnóstico a la ligera). Tampoco constituye delito la falta de extraordinaria pericia o de cualificada especialización.
- 2.-**La culpabilidad radica en la evitabilidad del comportamiento causante del resultado lesivo.
- 3.-**No puede generalizarse reglas inamovibles, sino que hay que estar al caso concreto.

106. SSTS, Sala Segunda, de 17 de julio 1982, 29 de marzo de 1988, 27 de mayo 1988, 5 de julio de 1989, 12 de marzo de 1990 y 4 de septiembre de 1991, entre otras. V. además la quinta edición del Código Penal de la Editorial Colex.

- 4.-El ojo clínico es un don instintivo de imposible valoración y que en ocasiones puede provocar temeridad, cuando se pone en tal facultad una ciega confianza, prescindiendo de comprobaciones objetivas elementales. (análisis clínicos, radiología, etc...)
- 5.-Tiene declarado el Tribunal Supremo, en cuanto al examen directo y personal, que su falta no solo es contraria a una norma de la profesión médica, sino a los aspectos más primarios socio-culturales, que exigen un actuar previo y determinado.
- 6.-Si las deficiencias del material o instrumental médico existente no son imputables o no consta que lo fueran a los facultativos, no existe imprudencia.
- 7.- La imprudencia temeraria es el olvido de las precauciones exigidas por la más vulgar prudencia, esto es, la omisión de las precauciones o cautelas más elementales, y que, a veces, se describe como una conducta de inexcusable irreflexión y ligereza. La imprudencia simple es la omisión de la diligencia media acostumbrada en una esfera especie de actividad