

SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PRÁCTICA CLÍNICA

Autor : Juan Siso Martín
Doctor en Derecho Público
Docente en Derecho Sanitario y Administración Sanitaria
E.Mail: juan.siso@salud.madrid.org
Teléfono: 625 555 266

ÍNDICE DEL MANUAL

- 1.- Planteamiento previo.
- 2.- Una distinción esencial
- 3.- Exigencia de responsabilidad: Formas.
Análisis de su repercusión en los profesionales

I. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Su inserción en nuestro Ordenamiento

Carácter de directa

Condición de objetiva

Elementos subjetivos.

La parte perjudicada.

La parte responsable

Elementos objetivos.

La lesión o el daño.

La imputación.

El nexo de causalidad.

La indemnización.

El Procedimiento

Fases del Procedimiento

Incoación

Instrucción

Terminación

Prescripción de la acción

Posición del profesional

Reclamación contra el profesional

El margen de negligencia excusable

La prueba en el proceso y su relevancia

Carga de la prueba

Inversión de la carga de la prueba

Tesis que aplica el Tribunal Supremo

II. CUESTIONES CLAVE SANITARIAS

Acto médico y trabajo en equipo.

Principio de división del trabajo

Principio de la confianza debida

Los Protocolos y la Lex Artis

Las indicaciones terapéuticas

La Lex Artis y la Lex Artis ad hoc

Error y la Culpa

Error excusable y error inexcusable

Grados de culpa y sus consecuencias

La responsabilidad por omisión.

La omisión del deber de cuidado

La posición de garante y figuras afines

Omisión de información esencial

La demora insoportable en la asistencia

Los contagios transfusionales.

De la Hepatitis al VIH

Valoración según el momento del contagio

Tesis reciente en los tribunales

El derecho a la intimidad

Manifestaciones fundamentales

Grabación de imágenes en centros sanitarios

La visión del Tribunal Constitucional

Casos particular de los datos genéticos

La Historia Clínica

Concepto

Pertenencia

Acceso

Por el propio paciente

Por familiares del paciente

Por terceras personas

Conservación

Documentos que la componen

La información asistencial como derecho del ciudadano

El consentimiento Informado

Destinatarios

Supuesto básico

Menores e incapacitados

Inconscientes

Contenido

Alcance

Contenido

Límites

La renuncia al tratamiento

Aspectos que abarca

El caso particular de los Testigos de Jehová

Derecho a decidir contra obligación de sanar
Menores e inconscientes
Conclusión

Las llamadas Instrucciones Previas

Significado,
Formalización
Límites
Su relación con la eutanasia
Incumplimiento de las Instrucciones

La Medicina Defensiva

Por omisión y también por acción
La triada de perjudicados

La objeción de conciencia sanitaria

Quien puede acogerse a la objeción
Formas de declarar la objeción
Su relación con el Aborto
Su relación con la Eutanasia

El aseguramiento de la responsabilidad

Cobertura actual
Aseguramiento privado
Régimen de concurrencia
Aseguramiento público
El Seguro Sueco

III.RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

Sustantividad del Derecho Disciplinario

Elementos subjetivos

Personal Médico
Personal Sanitario No Facultativo

Personal No Sanitario

Principios del Derecho Sancionador

De Legalidad

De Tipicidad

De Culpabilidad

De Proporcionalidad

Non Bis in Idem

De Presunción de Inocencia

De no indefensión del interesado

Prescripción de la Responsabilidad

Faltas y Sanciones

Procedimiento disciplinario

Inicio de actuaciones

Medidas cautelares

Pliego de Cargos

Enjuiciamiento y Propuesta de Resolución

La Prueba

La Notificación

Retroacción de Expedientes

IV. LA PRACTICA CLINICA BAJO EL CODIGO PENAL

El ámbito penal y el trabajo asistencial.

Posición de los profesionales: Particularidades

La Medicina como profesión preferida por el Código

Las novedades. Clarooscuro legal.

Las conductas sancionables

El nuevo orden profesional

Análisis del medio asistencial y el Código Penal

El nuevo delito de denegación de asistencia
La omisión de socorro sanitario
El Jurado contra el Profesional Sanitario

El código Penal y las Unidades clínicas

Autor : Juan Siso Martín
Doctor en Derecho Público
Docente en Derecho Sanitario y Administración Sanitaria
E.Mail: juan.siso@salud.madrid.org
Teléfono: 625 555 266

SEGURIDAD JURÍDICA EN LA PRÁCTICA CLÍNICA

Autor : Juan Siso Martín

E.Mail: juan.siso@salud.madrid.org

Teléfono: 625 555 266

RESPONSABILIDAD SANITARIA. PLANTEAMIENTO PREVIO

La exigencia de responsabilidad por la prestación asistencial, respecto del conjunto de los profesionales,(en el sentido amplio de función asistencial y referida por ello no sólo a médicos, sino también a la enfermería y a cuantos prestan servicios en ese complejo entorno) es una constante histórica. El motivo no es otro que la grave trascendencia de su quehacer, al actuar sobre nuestros bienes más preciados: la salud y la vida. Este asunto es uno de los más relevantes en el campo del Derecho Sanitario en razón a la frecuencia de sus actuaciones (millones de actos clínicos diarios) y a la creciente repercusión económica que ocasionan las indemnizaciones.

Otra peculiaridad importante, en materia de responsabilidad sanitaria, es la constante presencia del riesgo en la actividad que sirve de causa a la misma. En cualquier otra actividad pública la presencia del riesgo es ocasional (descarrilamiento de un tren o hundimiento de un edificio e incluso un posible exceso en la actuación de las fuerzas de orden) mientras que en la práctica asistencial acompaña a cada decisión y a cada acto, con la connotación antes expresada de que , además, recae sobre nuestros bienes más queridos.

Todas estas cuestiones se analizan con criterios de una disciplina en constante expansión y que no es otra que el Derecho Sanitario y en el campo sanitario. Por ello la acción de cuantos profesionales actúan en este medio se refiere a la actividad asistencial, nuclear y esencial, y por ello el análisis de responsabilidad ha de ir

referido de primera mano a ella, precisamente. Se hace necesario para todos los profesionales el conocer los elementos jurídicos que sustentan su actividad y las bases legales de la profesión, las “reglas del juego” en definitiva.

UNA DISTINCION ESENCIAL

En los Estados Unidos se dice que acaecen todos los años entre 44.000 y 98.000 muertes debidas a errores médicos. Errar es humano (decía San Agustín), pero ¿cómo es posible tanto error? La explicación es conceptual: allí se considera fallecimiento por error médico no sólo al ocasionado por error diagnóstico o terapéutico o debido a negligencia o impericia, sino también a aquel que se deriva de la fatalidad o de la no obtención de unas expectativas terapéuticas de una Medicina que se cree omnipotente.

Se parte de la falsa ecuación: Actuación Médica = Curación, a la que se añade: No curación = Indemnización. Esta interpretación del ejercicio de la Medicina como obligación de resultados ha penetrado nuestra cultura y conduce a una lamentable visión culpabilista del ejercicio de la práctica asistencial que como reacción produce conductas abstencionistas de los profesionales (ante situaciones problemáticas) o Medicina defensiva (en supuestos de riesgo desconocido, por ejemplo).

El profesional sanitario ha venido amparándose, tradicionalmente, en el hecho de que la Medicina no es una ciencia exacta y en que no puede ser sancionado por un fallo cometido persiguiendo el interés del paciente.

Esta es, en efecto, la clave. Tener el bien del paciente como guía, añadiendo, además, en la actuación la diligencia debida. De esta forma una correcta aplicación de la responsabilidad sanitaria habrá de castigar una desatención o una negligencia respecto de un paciente, pero no impondrá castigo (o indemnizará) cuando el daño (sin incurrir el profesional en las conductas anteriores) se derive de la fatalidad o de un resultado no esperado a la luz del estado actual de la ciencia médica, así como cuando el paciente esté obligado a soportar el daño. Este planteamiento general admite escasas excepciones, que hemos de ver más adelante.

FORMAS DE EXIGENCIA DE RESPONSABILIDAD

En el ámbito legal puede exigirse a los profesionales sanitarios responsabilidad por sus actuaciones en los siguientes campos:

- ◆ Responsabilidad Civil: Se fundamenta en la obligación general de reparar los daños y perjuicios ocasionados por una conducta culpable o negligente. Se basa en el principio general de no causar daño a otro y puede alcanzar a cualquier persona por su simple condición de ciudadano (una maceta que cae desde un balcón, por ejemplo).

- ◆ Responsabilidad Patrimonial: Surge cuando la Administración Pública causa, a través de la actuación de personal a su servicio, un daño a un ciudadano, el cual no tenía deber jurídico de soportar. Esta última precisión excluye supuestos como las expropiaciones forzosas o las multas.

- ◆ Responsabilidad Corporativa: Se exige en los casos de infracción de los patrones deontológicos bajo los cuales ha de ser ejercida la profesión médica, con motivo de la necesidad de garantizar unos mínimos niveles de ética en el desempeño de aquella. Su ámbito de exigencia son los Colegios profesionales a través de las comisiones Deontológicas.

- ◆ Responsabilidad Profesional: Se ciñe al campo disciplinario, en el que la entidad responsable de la asistencia exige al personal que de ella depende responsabilidad por acciones u omisiones indebidas de aquellos.

- ◆ Responsabilidad Penal: Surge por la comisión de un ilícito penal (delito o falta) bien de forma dolosa o bien de manera culposa; es decir mediando intención o simple descuido por parte del sujeto. Es frecuente que a esta responsabilidad venga asociada la civil subsidiaria, que puede, no obstante, tener existencia autónoma.

Una vez expuestas las diferentes categorías de responsabilidad vamos a ver en qué forma puede un profesional de la Medicina, según su concreta situación personal, verse afectado.

A/ Un profesional libre: Puede verse implicado por las vías Civil, Corporativa y Penal, pero no así por la Patrimonial (al no depender de la Administración) ni por la Disciplinaria (al carecer de relación de dependencia laboral).

B/ Un profesional sanitario al servicio de un centro privado: Tampoco podrá verse afectado por el cauce Patrimonial (por la misma razón antes expuesta), aunque sí por el Profesional o Disciplinario, así como por el Civil, Corporativo o Penal.

C/ Un profesional dependiente de la Sanidad Pública: Puede verse afectado por todas las formas expuestas, excepto por la vía Civil en la que ya no puede ser demandado bajo la vigente normativa. Puede ser implicado en la vía Corporativa en base a su relación colegial. Puede alcanzarle el cauce Profesional, en esta exigencia de responsabilidad, en cuanto a su condición de trabajador por cuenta ajena y puede ser demandado, además, en el campo penal por acciones u omisiones en esta ámbito. Pero también puede verse afectado por la responsabilidad Patrimonial, pues aunque (tras la reforma legal) no puede ser demandado directamente en esta vía, si incurrió en culpa o negligencia grave que motivaron una indemnización, la Administración le exigirá el reembolso del importe pagado por ella.

En lo sucesivo vamos a referirnos a aquellas formas de responsabilidad específicas de la profesión médica por su actuación: La Patrimonial, la Disciplinaria y la Penal, en razón a la existencia de figuras concretas que analizaremos.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

El escenario sanitario ha cambiado de forma notoria en los últimos tiempos. Hemos pasado del enfermo asistido por su médico de cabecera, al paciente tratado en un hospital altamente tecnificado y del moribundo en su lecho, al enfermo conectado en una UCI a medios artificiales de supervivencia (hasta más allá, muchas veces, de donde el propio enfermo y su dignidad hubieran deseado). El público asiste atónito al hecho de que la ingeniería genética pueda introducir correcciones a la Naturaleza, o a que se hagan regates a la propia muerte en el concreto terreno de los trasplantes. La muerte se considera como un fracaso (cada vez es menos frecuente el oír respecto de un enfermo el calificativo de “desahuciado”) y el no obtener una curación se estima sinónimo de descuido o desatención. Todo ello conduce a una exigencia permanente de resultados hacia una Medicina despersonalizada, por parte de un paciente que ya no deja sitio a la fatalidad o a la resignación y que reclama a una Administración sin rostro.

El incremento de las reclamaciones por supuestos daños sanitarios es un hecho evidente que puede ser atribuido a diversas razones de índole médica (medios terapéuticos de mayor peligrosidad, por ejemplo) o a argumentos de naturaleza legal (jugosas expectativas económicas de las indemnizaciones o una interpretación objetiva de la exigencia de la responsabilidad).

La exigencia de responsabilidad no ha sido, sin embargo, una constante histórica. en un principio la Administración no respondía por los daños que causaba a través de sus empleados, ya que imperaba el principio de irresponsabilidad, bajo el criterio de que el Rey (el Estado personificado, en definitiva) no podía equivocarse. Más adelante se admitieron algunos supuestos de culpa indemnizable, atribuyendo su repercusión económica al empleado público y no a la Administración Pública de la que dependía aquel. Un poco más adelante se admitió, por fin, la responsabilidad de la Administración, pero bajo la forma de subsidiaria, es decir cuando un empleado suyo, declarado responsable de un daño, resultase insolvente. En la actualidad la situación, como veremos, es la de considerar la responsabilidad directa de la Administración; es decir que el particular perjudicado se dirige contra ella y ésta se encuentra obligada a responder en primer término, con independencia de la solvencia o insolvencia de su empleado declarado responsable del daño.

SU INSERCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO

La sujeción de la Administración al interés general trae consigo la interdicción de la arbitrariedad, que en nuestro ordenamiento jurídico se manifiesta a través de los principios siguientes:

- De legalidad: Es la necesaria sujeción de los poderes públicos al marco normativo que delimita su actividad.
- De tutela judicial efectiva: Supone, para el ciudadano, la garantía de protección por los tribunales a través de un proceso, bajo normas y principios procesales preestablecidos.
- De garantía patrimonial. Supone el respeto, por parte de la Administración Pública, del patrimonio de los ciudadanos y comprende, a su vez, dos manifestaciones diferenciadas: La expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial.

En el primer supuesto el particular recibe una indemnización por un quebranto económico que está obligado a soportar, mientras que en el segundo la indemnización, por el contrario, como veremos, trae su causa en la inexistencia de dicha obligación.

Nuestra Constitución, en su artículo 106, recoge:

Los particulares en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El insertar esta declaración de responsabilidad en el texto constitucional tiene la máxima relevancia, pues se impide con ello cualquier posible exoneración de responsabilidad y se sitúa, además, este principio general fuera del alcance del legislador ordinario o del Gobierno, quienes pueden matizarlo o desarrollarlo pero nunca menoscabarlo. Tal es la importancia de este precepto, pieza clave en nuestro ordenamiento, que introduce un elemento sustancial de orden en el sistema jurídico, conforme al cual la Administración ha de saber obrar, y si no lo hace o lo hace mal deberá responder por ello.

CARACTER DE DIRECTA

Alude al hecho de que para la exigencia de responsabilidad no es preciso que el particular perjudicado se dirija contra la persona física causante material del daño, sino que es suficiente con hacerlo respecto de la Administración Pública de la que aquella depende, quien se dirigirá , en su caso, contra el autor material referido.

En la normativa vigente, incluso, ni siquiera es posible el demandar directamente al profesional sanitario (autor material) más que en la vía penal; buscando su responsabilidad personal o la subsidiaria de la Administración. En la vía Contencioso – Administrativa (específica para exigir este tipo de responsabilidades económicas) funciona este planteamiento, en algún modo, al contrario pues la acción se dirige contra la Administración y es ésta, una vez pagada (en su caso) la indemnización, quien se dirige contra el profesional. responsable.

El hecho de que la Administración responda en primer término de los daños causados por sus empleados trae su causa en la garantía de resarcimiento del particular frente a una eventual insolvencia del trabajador.

CONDICION DE OBJETIVA

Este principio hace que la posibilidad de exigir responsabilidad sea ajena a la concurrencia de culpa en el agente causante del daño o al hecho de si el servicio público funcionó de forma normal o anormal.

Como visión positiva de esta formulación podemos decir que supone una amplia posibilidad de cobertura para el ciudadano ante eventuales daños por la asistencia sanitaria pública, ya que (salvo concurrencia de fuerza mayor) atribuye indemnización con la sola concurrencia de:

- Acción u omisión de la Administración
- Daño causado a un particular
- Relación causal entre ambos elementos

Hay que tomar, sin embargo ,este planteamiento con suma cautela cuando se hace interpretación ortodoxa del mismo pues conduce a considerar la función asistencial como obligación de resultados, en lugar de estimarla correctamente (como principio general) como obligación de medios.

Bajo la tesis objetiva pura al darse la secuencia antes referida (acción – relación causal – daño) desaparece la obligación del ciudadano de soportar las consecuencias de tal daño, excluyéndose de indemnización solamente, como ha quedado ya dicho, los casos de fuerza mayor. Por el contrario con la teoría culpabilista sólo hay obligación de soportar el daño cuando no haya sido motivado por culpa o negligencia, excluyéndose, por tanto, el daño accidental.

Ninguna de estas tesis, tomadas aisladamente, es suficiente para explicar todos los supuestos de responsabilidad y así no hay obligación de soportar el daño en muchos casos (como aquellos de daño desproporcionado o caso fortuito) mientras que tal obligación existe en otros (como cuando proviene del propio paciente o fue asumido por él mismo, en una intervención correcta, a través del consentimiento informado).

Es sustancial el decidir si se configura la responsabilidad, en cualquier sistema jurídico, como un instrumento de control de poder o como una garantía para el ciudadano. En el primer caso se seguirán tesis culpabilistas, mientras que en el segundo tendrán apoyo los planteamientos objetivos. La tradición romana y germanista se alinean con el primer planteamiento, así como nuestro entorno comunitario y el criterio del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea a partir del artículo 215 del Tratado CEE.

ELEMENTOS SUBJETIVOS

A/ La parte perjudicada

Se trata de aquella que recibió el daño y se encuentra facultada para reclamar la indemnización al Sistema Sanitario Público.

Es necesaria la capacidad, en este sujeto, junto con la legitimación. En el caso de que la primera no sea completa (un menor, por ejemplo) habrá de ser complementada por los representantes legales. La legitimación, conviene precisar, que solamente la posee el propio perjudicado, si bien puede otra persona reclamar en su nombre bajo el fenómeno de la representación legal, en cuyo caso las actuaciones se siguen con el representante designado.

La titularidad del derecho a la indemnización puede pasar del perjudicado a otra persona, como en el caso de fallecimiento del primero. Los llamados a suceder son los herederos legales por el sólo criterio de incorporar el derecho antes expresado al caudal hereditario.

Cuando los perjudicados son varios la Administración sigue las actuaciones con la persona designada por el colectivo como su representante y en defecto de tal designación con aquel de los reclamantes que figure en primer lugar en el escrito de reclamación. Concluido el procedimiento la resolución afecta a todos los interesados, aún cuando contenga pronunciamientos distintos, pero cuando hay desistimientos éstos sólo afectan a quien los emite.

B/ La parte responsable

Es la Administración, sujeto reclamado en el procedimiento. Responde, como ya hemos visto, de forma directa por los daños causados por su personal dependiente, cualquiera que sea la forma de vinculación de éste.

La responsabilidad de los concesionarios o contratistas no ha sido conceptuada siempre de igual forma y así en un principio la posible indemnización corría a cargo del contratista (cuando era éste el causante de un daño), salvo que la actuación lesiva tuviera lugar como consecuencia de una cláusula obligada de la Administración al contratista. Más adelante se atribuía siempre la responsabilidad a la Administración bajo el criterio de que el concesionario ejercía funciones públicas y en el ejercicio de la actividad concedida era la propia Administración. Actualmente se vuelve a la tesis antigua, en virtud de la vigente normativa, situación que ha merecido algunas críticas al entender que merma las garantías de los ciudadanos.

Los centros concertados generan con su actuación responsabilidad para la Administración Pública pues las acciones llevadas a cabo, en el seno del concierto, son actos públicos. La reclamación, por ello, ha de dirigirse a la Administración concertante quien habrá de resolver sobre lo reclamado.

La solución no es tan clara respecto de las llamadas nuevas formas de gestión. Es preciso hacer una distinción básica entre las figuras sometidas a normativa pública de Derecho Administrativo (empresas públicas, consorcios etc.) por un lado, y aquellas otras sujetas al Derecho Laboral (fundaciones laborales). No hay duda de dar acogida a las primeras dentro de la responsabilidad patrimonial. En cuanto a las últimas no hay doctrina jurisprudencial consolidada aún, debido a lo novedoso de tales figuras en el campo sanitario, si bien parece sólido el criterio de que habrá de responder la Administración Pública en razón a que dependen organizativamente (en algún modo) de aquella, por las prestaciones que dispensan y sus destinatarios (que pertenecen al ámbito público y por los recursos de partida que tienen dicho origen).

ELEMENTOS OBJETIVOS

A/ La lesión o daño

Es el perjuicio causado al ciudadano de forma antijurídica, es decir sin el deber legal de aquel de soportarlo y ha de reunir las siguientes condiciones:

- ❑ Ha de ser cierto, en el sentido de real y efectivo, producido y no meramente posible.
- ❑ Es necesario que sea probado. La jurisprudencia suele puntualizar que la prueba del daño sea rigurosa o plena y evidente.
- ❑ Se precisa su evaluabilidad económica, es decir de su posibilidad de tasación, aún cuando ocasionalmente revista cierta dificultad (daños morales, por ejemplo).
- ❑ Tiene que tener carácter individualizado, pues aunque el daño afecte a una pluralidad de personas ha de ser posible el fijar la repercusión económica para cada una de ellas.

Para valorar la pérdida de una vida se acude, normalmente, al criterio del lucro cesante, es decir a evaluar los ingresos que la víctima hubiera continuado percibiendo de no haber fallecido.

Si se trata de daños físicos (no mortales) que ocasionan pérdida o disminución de futuras ganancias se acude, también, al criterio del lucro cesante. Se paga, por el contrario, solamente el daño ocasionado si no se ha producido tal pérdida de ganancia.

Los daños morales (no indemnizables en una época pasada, según la jurisprudencia⁹) comparten su dificultad de valoración con otros daños inmateriales, como el propio dolor físico.

B/ La imputación

Es la atribución a la Administración sanitaria de la responsabilidad por el daño causado a un ciudadano y se puede hacer en base a varias teorías:

1.- Adscripción pública del autor material o servicio causante del daño. Este hecho deriva a la Administración sanitaria la responsabilidad de una eventual indemnización. Este criterio es extensivo, incluso, hacia personas que sin depender profesionalmente del sistema público se encuentran temporalmente bajo su tutela (un

enfermo mental recluido, por ejemplo). Es preciso, naturalmente, que la persona dependiente de la Administración haya actuado por cuenta de aquella para generar esta responsabilidad, pues un facultativo del Sistema público no se encuentra en este caso si actúa de forma privada (fuera de su servicio público).

2.- El riesgo que genera, con su funcionamiento, el servicio sanitario público. Este riesgo origina responsabilidad para la Administración, haya sido normal o anormal el funcionamiento del servicio. Es éste el ámbito natural de los daños ocasionados por la moderna ingeniería médica, que sólo excluyen los casos de fuerza mayor, es decir aquellos sucesos imprevisibles o previsibles pero inevitables. Esto, no obstante, es muy matizable y ha de ser analizado a la luz del criterio siguiente.

3.- El daño desproporcionado ocasionado al paciente. Es el caso de quien ingresa en un centro sanitario para una intervención menor y sale infectado con un estafilococo (por ejemplo). El criterio indemnizatorio en este caso es la idea de solidaridad social o de igualdad ante la Administración por haber sufrido un perjuicio singular.

Es preciso cuidar de no caer en una interpretación objetiva generalista de la responsabilidad, en la que el daño traiga naturalmente la indemnización, por la sola relación causal de aquel con la conducta de un agente público. Esto que puede concebirse como beneficioso para los sujetos dañados puede acabar siendo perjudicial (por su coste) para la sociedad en su conjunto al hacer aplicación general.

C/ El nexo de causalidad

Se trata del enlace entre la acción u omisión de un servicio sanitario público y el daño causado por aquel a un ciudadano. Dicha causalidad ha venido exigiéndose que fuera directa e inmediata. Se formulan para su delimitación dos teorías:

✓ Equivalencia de condiciones: Considera válidos, como concurrentes, todos los hechos de la cadena causal.

✓ De la causalidad adecuada o eficiente: Selecciona del conjunto de concausas aquel hecho que pueda considerarse como decisivo y motivador directo del daño, en abstracción de todos los demás.

Esta relación causal queda rota, en cualquier caso, por la fuerza mayor, no ocurriendo siempre así cuando quien concurre es un tercero o una conducta del propio interesado.

En el terreno sanitario es frecuente el contar con la intervención de terceros, por lo que será preciso el analizar caso por caso, por si se rompió la cadena causal. En el caso de medios asistenciales provenientes de terceros (como aparataje) es decisivo el analizar los períodos de garantía o los contratos de mantenimiento, fuera de los cuales el suministrador carece de responsabilidad.

Cuando la acción que interfiere el nexo causal procede del propio perjudicado y el funcionamiento del servicio es normal queda roto dicho nexo. Es el caso del daño sufrido por abandonar el paciente voluntariamente un tratamiento.

D/ La indemnización

Es la medida económica del daño causado y a la vez el objeto de la reclamación. Puede ser fijado en dinero (solución normal) o en especie (supuesto de difícil concepción en el medio asistencial).

El criterio básico es el de reparación integral, si bien por la dificultad frecuente de valoración se acude al instrumento de la baremación, que tiene, por otra parte, la ventaja de eliminar las enormes diferencias de valoración en función del tribunal que resuelva.

Las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial son compatibles con las que pudieran derivarse de seguros privados o incluso con pensiones de Seguridad Social.

Para la valoración del daño podemos fijar ésta al momento del daño, al de la resolución estimatoria de la indemnización o al del pago material de la misma. La vigente normativa fija como válido el primero de ellos, si bien reconoce la posibilidad de revalorización hasta la materialización del pago e incluso prevé intereses legales por demora (mayor de 3 meses) en el pago de la indemnización reconocida.

EL PROCEDIMIENTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

A/ Fases del procedimiento.

El trámite de un expediente de responsabilidad patrimonial se hace con arreglo a los siguientes momentos procesales:

1.- Incoación:

Puede iniciarse a instancia del perjudicado (supuesto normal) o de oficio por la propia Administración (supuesto difícil de concebir). Se mencionará como destinatario de la reclamación al cargo titular del servicio sanitario causante de la lesión (Director Provincial). La reclamación habrá de contener descripción de las lesiones, acción causante de las mismas y nexos causal entre ambos. No obstante otras concreciones (fechas, personas, circunstancias) son interesantes.

2.- Instrucción:

Atribuye la ley tal competencia a los Directores Provinciales de las entidades responsables de la asistencia, en las que estuviera integrado el centro o servicio sanitario causante de la lesión. Los actos de instrucción tienen como finalidad el esclarecer los hechos y conformar el contenido de la resolución. Comprenden: la prueba (elemento esencial que inculpará o exculpará al médico), los informes (emitidos por el centro en el que ocurrieron los hechos) y el trámite de audiencia al interesado (examen por éste del expediente íntegro y disposición del mismo para obtener copia, si así lo desea, de algún documento).

3.- Terminación:

La forma ordinaria es la resolución administrativa, suscrita por el Ministro de Sanidad y Consumo o Consejero correspondiente, que agota la vía administrativa y abre la contenciosa. Puede concluir el procedimiento, también, por silencio administrativo, entendiéndose denegada la pretensión por el transcurso de seis meses sin emitir resolución. Puede, por último, acabar de forma convencional mediante un acuerdo, entre la Administración sanitaria y el perjudicado, acerca de la indemnización que fijen de común acuerdo.

4.- Prescripción de la acción:

El perjudicado dispone de un año para interponer la reclamación por el daño sanitario, desde el acaecimiento de los hechos. Interesa resaltar que en el terreno sanitario este plazo, muchas veces, se relativiza por la necesidad de esperar a la fijación de secuelas definitivas, para valorar debidamente el daño.

B/ Posición del profesional.

Ha variado sustancialmente, respecto del procedimiento, a través de la última reforma legal en base a dos parámetros básicos:

- ✓ El profesional ya no puede ser demandado directamente más que en la vía penal.
- ✓ Si aquel incurrió, al ocasionar el daño, en culpa o negligencia graves, la Administración está obligada a reclamarle el importe indemnizatorio que aquella hubiera pagado.

C/ Reclamación contra el profesional.

Concluido el procedimiento la sentencia condenará o absolverá a la Administración, pero sólo a ésta pues el profesional sanitario ya no es parte enjuiciable en el proceso.

Si aquella resulta condenada tiene las opciones siguientes: Si el profesional incurrió en culpa o negligencia graves, deberá reclamarle (como ya hemos dicho) el importe indemnizatorio. Si la culpa o negligencia fueron leves, por el contrario, no es posible reclamarle lo pagado. Si la causa del daño es ajena al trabajador tampoco procede reclamar contra él. En cualquier caso esta acción contra el profesional se realiza de oficio, sin ser precisa la petición del perjudicado.

D/ El margen de negligencia excusable.

Corresponde, como concesión legal, al profesional en base a las siguientes razones:

- ◆ Compensar, en algún modo, las limitaciones inherentes al ejercicio diario de la profesión (presión asistencial, falta ocasional de medios idóneos).
- ◆ Dificultad creciente de poder atribuir responsabilidad individualizada en una organización compleja, en la que se trabaja en equipo.

Cuando la culpa o negligencia son graves no concurre este margen e interesa aclarar que el término "grave" se refiere a la acción u misión causantes del daño, pero no a éste como resultado. Es sancionable, de este modo, una negligencia grave con un resultado lesivo de muy escasa entidad y no lo es, por el contrario, una negligencia leve que cause un daño muy grave.

E/ Personación del profesional en el procedimiento.

¿Puede acudir éste a un proceso en el que se dilucida su culpabilidad? Si esto es posible ¿Le conviene hacerlo?

En la actual situación normativa el trabajador no puede ser condenado en la vía contenciosa, pero sí que es parte demandada, con lo cual no cabe duda de su capacidad de personación en el proceso

Por otra parte al tener los hechos un protagonista parece claro que, pudiendo asistir al proceso, le convenga hacerlo, más si tenemos en cuenta que puede el médico verse, finalmente, reclamado por la Administración a pagar el importe de la indemnización.

F/ La condena penal.

Puede la reclamación dirigirse, con miras exclusivamente económicas, a la Administración o hacerlo respecto del profesional en la vía penal. De seguir esta vía el motivo puede ser por el hecho de buscar un proceso más rápido o una prueba más accesible e incluso una indemnización más elevada; sin descartar que en alguna ocasión lo que se pretende es castigar al médico con la “pena de banquillo”.

La Administración en la vía penal responde subsidiariamente de los delitos, pero no así respecto de las faltas. Ello sitúa al trabajador en clara desventaja, pues los hechos motivadores de responsabilidad suelen estar motivados por faltas.

Aunque parezca paradójico puede que al profesional le resulte ventajoso ser demandado en vía penal, pues si su conducta se califica de falta (que no genera antecedentes penales, ni ingreso en prisión) y cuenta con un buen seguro (que pague el importe de la indemnización) verá el asunto solucionado de forma incruenta y con la rapidez propia de la vía penal. Todo esto sin olvidar, como es evidente, ni dejar de valorar lo desagradable de la situación de verse el profesional implicado en un proceso cuyo resultado final es, por múltiples variables (entre ellas el propio tribunal), una incógnita.

IMPORTANCIA DE LA PRUEBA

A/ Carga de la prueba.

En Derecho es un principio general el que quien afirma una pretensión ha de probar lo afirmado contra la persona de quien se reclama. En el terreno asistencial reviste particular dificultad el ámbito probatorio por la interferencia que suponen, frecuentemente, en el nexo causal las acciones de terceros o del propio perjudicado.

Es de la máxima importancia destacar que la prueba pericial ha de valorar la conducta del profesional en la situación y momento en que se encontrase y con los elementos de valoración que entonces tenía. No es válida la consideración, a posteriori, de cómo se debió de haber actuado tras estudiar el caso, conociendo un cúmulo añadido de datos y la evolución posterior del asunto.

La aplicación práctica de la prueba se resume en estas reglas:

- Prueba de la culpa en la Responsabilidad Civil: Ha de probarse el incumplimiento (total o parcial) de lo pactado y si lo que se convino fue un resultado y no se obtuvo, la culpa se presume en el médico, quien habrá de acreditar que cumplió o que si no lo hizo fue por imposibilidad.
- En la Responsabilidad Civil extracontractual: Es el paciente, en los casos de inexistencia de contrato previo, quien deberá de probar la atribución de culpa al médico; si se admite la inversión de la carga de la prueba en algunos supuestos (daño desproporcionado) o cuando la prueba se refiere a un hecho negativo (no haber sido informado, por ejemplo).
- En la Responsabilidad derivada de delito: Basta la prueba de la comisión del hecho delictivo para que se desprenda el derecho a la indemnización.

B/ Inversión de la carga de la prueba.

El Tribunal Supremo, años atrás, asignaba la obligación de probar su inocencia al medio sanitario. Más tarde reconsideró esta postura y actualmente la prueba directa se exige con carácter general al paciente, reduciendo la inversa (a practicar por el Sistema Sanitario Público) a supuestos concretos como:

- Falta de información correcta para el consentimiento.
- Supuestos de Fuerza Mayor.

- Daños desproporcionados o accidentes ilógicos.
- Daños derivados de la ingeniería médica.
- No adoptar las cautelas contenidas en la Historia Clínica.

CUESTIONES CLAVE SANITARIAS

ACTO MEDICO Y TRABAJO EN EQUIPO

Acto médico.

Se trata de cualquier actuación sobre un cuerpo humano, por un médico, en el ejercicio de su actividad profesional.

Se incluyen como tales los característicos de la función asistencial (de prevención, diagnóstico, tratamiento e incluso de investigación) a los que hay que añadir aquellos otros que suponen la emisión de documentos sanitarios: certificados, partes de alta y baja, recetas y, como no, la propia historia clínica. ya que constituyen ejercicio de la profesión médica.

Es importante hacer la distinción entre actos asistenciales propiamente dichos y actos satisfactivos. Los primeros tienen finalidad curativa, mientras que los segundos no persiguen tal objetivo. Una apendicectomía y una intervención de cirugía estética son claros ejemplos de cada categoría. La distinción tiene la trascendental importancia de que en los primeros la obligación es de medios, mientras que en los segundos es de resultados y la información a facilitar al paciente, en estos últimos, ha de ser exhaustiva.

El trabajo en equipo

El ejercicio actual de la actividad asistencial hace esta variante cada vez más frecuente, bajo las siguientes formas:

- ◆ División del trabajo: Permite delimitar las concretas funciones de cada miembro del equipo, para que cada uno pueda concentrarse en su cometido, si bien presenta como inconveniente la posibilidad de fallos en la coordinación o defectos organizativos. La división puede ser horizontal (cirujanos y anestesiólogos) o vertical (médicos y personal auxiliar).

◆ Principio de confianza: Necesario por el hecho de la división del trabajo supone que cada profesional ha de confiar en que el resto del equipo se comportará con la pericia y diligencia exigibles, salvo que hechos reconocibles induzcan a pensar lo contrario.

LOS PROTOCOLOS Y LA LEX ARTIS

Los protocolos.

Son la fijación pormenorizada de pautas de actuación, perfectamente descritas, en supuestos previstos en la práctica asistencial.

La razón de su existencia es la complejidad de la práctica médica y la necesidad de desempeñar aquella bajo condiciones de seguridad.

Su importancia es el valor que para los jueces pueden revestir, por la delimitación objetiva que suponen. No obstante los tribunales prefieren, a veces, la prueba pericial.

Hay que precisar que el médico no se encuentra constreñido por el protocolo y que en caso necesario puede apartarse de él, si bien midiendo bien la relación riesgo – beneficio para el paciente y cuidando de justificar el abandono del protocolo ante un eventual daño al enfermo.

La Lex Artis ad hoc.

Se trata de la aplicación de la Lex Artis a un supuesto concreto, teniendo en cuenta las características del facultativo actuante, del paciente y del medio, así como de otros factores relacionados.

No hay que confundir este concepto con el de “indicación terapéutica” pues ésta es previa (cronológicamente⁹ al ejercicio de la Lex Artis ad hoc y supone el análisis y valoración propios del acto médico. son respectivamente el “qué” y el “cómo” de un tratamiento, por ejemplo. A pesar de su evidente diferencia, sin embargo, se ha venido atribuyendo el doble papel a la Lex Artis.

Esta se descompone, respecto del paciente, en las tres obligaciones siguientes.

- Información adecuada: Sobre el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (con expresión de los riesgos). Ha de ser emitida de forma inteligible y suficiente para posibilitar la emisión, en su caso, del consentimiento.
- Aplicación de los medios disponibles, en el tiempo y lugar de la asistencia, adecuados al estado de la ciencia.
- Continuación ininterrumpida del tratamiento, hasta el alta médica, con advertencia del riesgo de abandonarlo.

ERROR MEDICO Y CULPA MEDICA

Error médico.

Se trata de una falsa apreciación de la realidad, que puede manifestarse en el diagnóstico o en la terapia, dando lugar, así, a las categorías de error diagnóstico o error terapéutico. La distinción más importante, sin embargo, a los efectos que ahora nos ocupan, es la siguiente:

1.- Error excusable: Supone la ruptura de la correspondencia error = responsabilidad, pues concurriendo el primero no arrastra, necesariamente, a la segunda. Es el ámbito del llamado error invencible, como cuando se confunden dos patologías con idéntica sintomatología o no se reconoce un proceso clínico enmascarado por otro más evidente.

2.- Error inexcusable: En este terreno es preciso distinguir las distintas categorías de culpa en función su gravedad: Imprudencia temeraria, imprudencia simple e impericia (o falta de destreza profesional). La valoración, que habrá de hacerse caso por caso, deberá de tomar en consideración el grado de previsión (poder saber) y el grado de infracción del deber de cuidado (poder evitar).

Culpa médica.

1.- Culpa por omisión o desconocimiento de la técnica: Se da cuando se infringe la Lex Artis, siendo preciso considerar la constante evolución de la Medicina y de la tecnología, que lógicamente dificultan el mantenimiento “al día” de los profesionales.

2.- Culpa profesional: Supone una falta de adecuación entre los conocimientos técnicos que se poseen y la actuación desempeñada. Es el caso de la actuación negligente o descuidada.

3.- Culpa por actos contrarios al humanismo médico: El profesional ha de desempeñar su papel en la forma en la que es esperable que lo haga. Se trata de cumplir la obligación deontológica cuyo incumplimiento genera una falta que puede ser enjuiciada disciplinariamente en el ámbito colegial.

LA RESPONSABILIDAD POR OMISION

Con el denominador común de un resultado dañoso, causado por una *no acción* , vamos a referir en este epígrafe supuestos muy diferentes.

A/ La omisión del deber de cuidado.

Bajo un planteamiento deontológico (ya que el penal tiene tratamiento en su lugar concreto) hay que citar el artículo 4 del Código de Ética y Deontología Médica de la OMC, que recoge *...la obligación de todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, de prestar ayuda de urgencia al enfermo o accidentado...* Le está prohibido, además, según el citado Código *... abandonar a los enfermos en situaciones de epidemia, catástrofe o riesgo de muerte, salvo que fuese obligado a hacerlo por la autoridad competente...* Introduce dicho texto, sin embargo, una matización cuando afirma que... *excepto en situaciones de urgencia el médico debe de abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia...* El problema, quizás, reside en definir cuando concurre la situación de urgencia y en tasar la capacidad del médico y sus límites, en algunas ocasiones.

B/ La posición de garante y figuras afines.

Se trata de sujetos investidos de especial responsabilidad. Profesionales sanitarios, pero no cualquiera, sino precisamente el obligado, en concreto, a prestar la asistencia. La clave reside, pues, en definir si un determinado sujeto, en una específica situación, se encuentra en la posición de garante.

Un médico que transita por una calle y presencia un accidente, si no auxilia al accidentado comete, indudablemente, una omisión de socorro, si bien no se haya en la

concreta posición de garante, que le añade un plus de responsabilidad. Este sería el caso del profesional que presta servicio en el equipo de urgencia que acude al lugar del accidente.

Son figuras próximas aquellas que se sitúan en la llamada posición de monopolio de ayuda, como es el caso del médico de guardia o del médico rural, únicos capacitados en su situación para prestar la ayuda que se precisa. La diferencia con la posición de garante es que en este último caso la relación es hacia un paciente en concreto, en lugar de hacia toda la comunidad.

C/ Omisión de información esencial.

Hacemos, por coherencia expositiva, mención en este lugar a este tipo de omisión, aún cuando será objeto de tratamiento en su ubicación natural, que es en el terreno del Consentimiento Informado.

Es generalmente aceptado que el no facilitar la información debida o el hacerlo de forma deficiente genera responsabilidad y trae ésta su origen en el hecho de haber quitado al paciente la oportunidad de evitar un daño que no estaba obligado a soportar. Hay dos supuestos de especial repercusión contemporánea:

1.- Error diagnóstico antenatal: Se trata del nacimiento de una criatura con malformaciones, sin haber ofrecido a los padres un diagnóstico previo expresivo de aquellas, sino por el contrario de normalidad. Es un falso negativo que impide valorar la situación y tomar, o no, la decisión abortiva. La información errónea puede serlo en su presupuesto mismo (análisis equivocado), en su interpretación (análisis correcto, expresivo de anomalías, interpretado de forma errónea) o en su aplicación (con análisis e interpretación correctas).

2.- Desconocimiento de una enfermedad transmisible: En estos supuestos el paciente contrae, por falta de información, una enfermedad y particularmente las víricas más graves (VHI, VHC) ya que de haber conocido la situación hubiera tomado las necesarias precauciones para evitar el contagio.

El error puede ser un falso positivo: Afirmar la condición de infectado respecto de quien realmente no lo está; o un falso negativo: Declarar libre de contagio a quien realmente sí que lo está.

Cabe preguntarse si la responsabilidad se genera por la pura omisión de la información o si es precisa la concurrencia de un daño. En el primer caso se trataría

de un fallo en la Lex Artis, por sí sólo, si bien en el segundo se añade una posible responsabilidad legal de índole indemnizatoria.

D/ La demora insoportable en la asistencia.

Actualmente se reconoce responsabilidad económica para la Administración en los casos en que se utilizaron medios ajenos al Sistema Sanitario Público por razones de urgencia vital y se reclama de aquella el importe pagado por la asistencia. Este criterio de la urgencia vital es objeto de interpretación jurisprudencial expansiva, en el sentido de que se asimilan al mismo los supuestos de riesgo grave para la salud.

Si lo que se produce es una denegación injustificada de asistencia, la reclamación ya no se tramita bajo la forma de reintegro de gastos (como en la normativa anterior), sino que puede ser conducida al ámbito de la reponsabilidad patrimonial.

Son supuestos próximos y de lamentable actualidad los de las llamadas listas de espera en los centros sanitarios públicos, ya que si la demora llegase a considerarse insoportable podríamos acabar en el campo de la denegación injustificada de asistencia y en casos extremos entrar en la urgencia vital. Esta forzada interpretación ha sido plasmada en algunas sentencias, sobre todo en aquellos casos en los que la espera no fija fecha concreta (ni siquiera muy remota) para la asistencia.

LOS CONTAGIOS TRANSFUSIONALES

EXPOSICIÓN PREVIA

El asunto de las infecciones contraídas por sangre contaminada hace referencia a aquellos concretos casos en los que un paciente acude a la institución sanitaria con evidente intención curativa y sale de ella con una nueva enfermedad (infectiva) a veces mortal, causada por una transfusión sanguínea recibida en aquella institución.

- Su extensión internacional

La mayor parte de los estados han tenido que hacer frente a las terribles consecuencias derivadas de la utilización de sangre contaminada por el VHC y por VIH en transfusiones de sangre, intervenciones quirúrgicas o tratamientos con hemoderivados a pacientes hemofílicos, lo que ha llevado, en algunos casos, respecto del VIH, con carácter masivo a la transmisión de anticuerpos por SIDA a pacientes de los centros sanitarios públicos.

A nivel internacional el proceso infeccioso por VIH corrió como un reguero de pólvora¹:

- Luxemburgo: Comienzos de 1985
- Italia: junio de 1985
- Francia: Julio de 1985
- Canadá: Agosto de 1985
- Reino Unido: Septiembre de 1985
- España: Septiembre de 1985
- Holanda: Comienzo de 1986
- Bélgica: Mayo de 1986
- Suiza: Septiembre de 1986

En Francia, el asunto de la sangre contaminada por el VIH, colocó a varios altos cargos, responsables de la Sanidad Nacional, ante los Tribunales Penales y el Centro Nacional de Sangre fue condenado por haber distribuido productos sanguíneos sin haber realizado los test de detección del VIH (Tribunal Grand Instance, Bobigny, Sentencia de 19 de diciembre de 1990). Incluso la República Francesa ha llegado a ser condenada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la Sentencia de 31 de marzo de 1992, a indemnizar a los herederos de un paciente infectado por el VIH a través de transfusiones practicadas en centros públicos, por no haber adoptado las medidas necesarias para haber prevenido esta situación tan lamentable. La trascendencia del asunto en la opinión pública ha sido enorme y las

1. Muga Muñoz. J.L. RAP. N° 136. 1995. Página 281.

autoridades y tribunales se han visto desbordadas por el número de reclamaciones, que se han producido².

En Gran Bretaña en el año 1991 el número de hemofílicos contaminados con VIH, a través de productos sanguíneos se elevaba a 1.247; la contaminación masiva se produjo por la importación de sangre contaminada procedente de los Estados Unidos de América, país en el que el número de casos de SIDA ya era muy alto, en el momento en que se adquirieron los productos sanguíneos por parte de las autoridades sanitarias británicas, sin tener en cuenta que los donantes de sangre en el citado ámbito geográfico son remunerados, lo que hace que aumenten las posibilidades de que los donantes se encuentren entre los grupos de riesgo³

En Portugal, con fecha de 31 de enero de 1986, fue autorizada la adquisición de lotes de un derivado de sangre utilizado en el tratamiento de hemofilia procedente de un laboratorio austriaco. Desde el año 1985 las autoridades administrativas fueron advertidas de la necesidad de tomar medidas para evitar que las transfusiones de sangre se convirtiesen en un vehículo difusor del VIH. Para ello la importación de los lotes de hemoderivados, fue sometida a ciertos controles por una Comisión Técnica formada por especialistas de inmunohemoterapia. Esta Comisión, a pesar de los rumores que existían sobre la posible contaminación de los productos provenientes de Austria, mantuvo la adjudicación del suministro al laboratorio austriaco sometiendo a los pacientes a un riesgo innecesario. El 18 de abril de 1986 el Ministerio de Sanidad hizo públicas una serie de medidas destinadas a garantizar la comprobación y la subsiguiente eliminación de los componentes del VIH que pudieran aparecer en los lotes de sangre, en los componentes o en los productos fraccionados. En estas medidas se señalaba un plazo de 90 días para su puesta en práctica por todos los servicios sanitarios públicos. A finales de 1986 el Ministerio fue informado de que como resultado de los análisis de los productos sanguíneos efectuados en Austria, se procediese a la no

² Vid. Mathieu, G: "L'Affaire du sang contaminé et la haute Cour de Justice", *Revue Française de Droit Constitutionnel*, N° 14, 1993.

³ Dyer, C. "HIV infecto Haemophiliacs Settle" *British Medical Journal*, N° 302, 1991.

administración de los mismos. Sin embargo, las autoridades esperaron casi diez meses⁴, en lugar de los 90 días citados, para ordenar la retirada de todos los hospitales de los lotes de productos sanguíneos importados de Austria, fecha en la que ya estos habían sido utilizados en su totalidad.

Como consecuencia de todas estas arbitrariedades han sido numerosos los pacientes contaminados con los anticuerpos del SIDA, especialmente entre el grupo de población hemofílico.

- El curso de la enfermedad

El CDC de Atlanta (Estados Unidos), Centro para el control de las Enfermedades, pionero en el estudio de la infección por VIH describe las cuatro fases de dicha enfermedad:

- Primera fase: Infección aguda: De tres a seis semanas.
- Segunda fase: Infección asintomática. Duración indefinida. Puede cursar con anomalías biológicas o sin ellas.
- Tercera fase: Infección ganglionar, con herpes, fiebre etc.
- Cuarta fase: Proceso morboso variado: Tuberculosis, toxoplasmosis etc. y/o distintos tipos de cáncer secundario (como el Sarcoma de Kaposi)

Quiero dejar reflejada la evidencia científica del curso lento y con frecuencia silencioso de estas enfermedades víricas, para retomar este matiz en su momento.

Situación en España

Ha venido siendo este asunto uno de los más complejos en materia de responsabilidad sanitaria. Determinar si concurre dicha responsabilidad, respecto de la Administración, cuando, en el curso de un tratamiento, se produce un contagio vírico a un paciente, con motivo de una transfusión recibida por aquel en el ámbito de la Sanidad Pública es un asunto controvertido y nada simple, como vamos a ver.

⁴ Concretamente hasta el 10 de Febrero de 1987.

Hay que traer a colación el caso de la paciente que recibió una transfusión en 1986, previamente analizada para detectar virus de hepatitis A y B (conocidos entonces) con resultado negativo. Poco tiempo después, sin embargo, le diagnosticaron una hepatitis tipo C, adquirida en aquella transfusión y sin medios para haberla detectado entonces, pues se desconocía la existencia del virus y el mecanismo para identificarlo, hasta 1989. La consecuencia del análisis judicial de este asunto fue el reconocimiento a la perjudicada de una indemnización, por el funcionamiento⁵ del servicio sanitario al evidenciarse una, sin embargo, causalidad “clara y diáfana” entre la transfusión y la inoculación del virus de la hepatitis C. El vehículo jurídico para declarar la responsabilidad fue la consideración de caso fortuito, que no excluye la responsabilidad objetiva, bajo la consideración de que el servicio sanitario público está obligado a reparar todos los daños que puedan originar los avances de la medicina. En otros casos analizados en los tribunales, con el mismo punto fáctico de partida, por el contrario se sentenció excluyendo la responsabilidad de la Administración Sanitaria al estimar que en la época anterior a 1989 no era posible evitar el contagio y, por ello, se estaba en presencia de una fuerza mayor. Esta bipolarización de criterio es lo que, en su momento, voy a exponer mediante el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En el fondo de esto late, en realidad, la razón de que se utilizan servicios o productos que, en razón al progreso del estado de la ciencia, acaban siendo defectuosos o inadecuados. Es el riesgo del desarrollo, patente por la evolución rápida de la tecnología.

Una vez expuesto este concreto caso, queda por determinar bajo qué consideración jurídica concreta se hace indemnizable la responsabilidad, cuando se estima su concurrencia. En este sentido se han manejado dos criterios, dos diferentes orientaciones.

- ✓ Se trata de un riesgo específico del servicio sanitario o

⁵ Funcionamiento *normal* (en 1986) pues el daño fue evidente, pero no había conocimientos científicos para evitarlo.

- ✓ Tiene la consideración de una carga social.

Desde el primer punto de vista la transfusión es un acto imprescindible para tratar determinadas enfermedades (hemofilia, por ejemplo) y la infección es un riesgo excepcional. En base a la segunda consideración expuesta se trata de una epidemia, de origen y alcance desconocidos y que al relacionarse con un servicio público hay que derramar a la sociedad en su conjunto. En este último sentido las indemnizaciones traerán su fundamento en el principio de solidaridad (las ayudas a las víctimas del terrorismo son un claro ejemplo de esta consideración).

En España, con una escasa incidencia en una primera época,⁶ se adoptó, igual que en Francia⁷ por el Real Decreto Ley 9/1993, de 28 de mayo, de ayudas a los afectados por contagio transfusional de VIH, por el sistema sanitario público, el criterio de la solidaridad. Así en el preámbulo de dicha norma se recoge:

“El número de afectados y las repercusiones sociales que la aparición y desarrollo de la enfermedad han tenido para esas personas .. hacen que el contagio del VIH/SIDA por medio de sangre o productos sanguíneos deba considerarse un problema de auténtico alcance social, que como tal, requiere de los poderes públicos una respuesta singular basada en un principio de solidaridad con los afectados”.

Como puede verse, aunque la solución que se dió (indemnización basada en solidaridad social) es pareja a los supuestos terroristas⁸, sin embargo hay una diferencia muy importante y es la relación de causa-efecto, en el supuesto del contagio transfusional, servicio público (causa) – lesión (efecto).

⁶ El primer caso se registró en 1.981, se dieron dos en 1.982 y 13 en el siguiente año. R.Nájera. El SIDA. Prensa científica. Página 82. Barcelona 1989.

⁷ Ley 1406/1991, de 31 de diciembre

⁸ Pontier. SIDA. De la responsabilité a la garantie sociales. REDA. N° 8. Página 541. Mayo-Junio 1992.

Según el informe realizado por la Real Fundación Victoria Eugenia, enviado al Defensor del Pueblo, el 46% de los hemofílicos fueron infectados, en nuestro país, con sangre contaminada⁹

- Las Cuatro Puertas

Voy a analizar las variables que condicionan la responsabilidad y su análisis en el medio judicial y lo haré a la luz de las sentencias más relevantes emitidas por el Tribunal Supremo sobre esta materia.

La responsabilidad sanitaria ha venido siendo exigida, en nuestro país, en cuatro jurisdicciones diferentes: La Civil, la Penal, la Contencioso – Administrativa y la Social. Cada una de ellas tiene su propia Sala de Justicia en el Tribunal Supremo: Primera para lo Civil, Segunda para lo Penal, Tercera para lo Contencioso y Cuarta para lo Social. En principio, pues, un eventual perjudicado puede llamar (según el concreto asunto y la orientación jurídica que se le de) a alguna de estas cuatro “puertas”. Lo curioso, como voy a mostrar, es que los planteamientos que puede encontrarse en cada una de dichas sedes es distinto y aún dentro de cada una de ellas se diferencia según el concreto momento de la resolución judicial.

Aspectos a tratar

Voy ahora, simplemente, a enunciarlos pues su desarrollo es, precisamente, el cuerpo del análisis de este asunto.

- El momento del contagio

Veremos que existe consenso en las distintas jurisdicciones al declarar la responsabilidad de la Administración Sanitaria por los contagios producidos después de 1990¹⁰. La controversia surge cuando la infección vírica fue adquirida por una transfusión anterior a dicho año, por razones que enseguida expondré.

⁹ Diario “El Mundo”. Del 3 de Marzo de 1993.

¹⁰ Concretamente para los contagios por VHC.

- La jurisdicción ante la que se reclame

Sostienen criterios diferentes, e incluso alguna de ellas (la Contencioso – Administrativa) ha cambiado el suyo en su última etapa.

- El momento del pronunciamiento

Aquello que era un criterio asentado en la jurisdicción que acabo de referir, poco tiempo después se afirma como erróneo y se sentencia con rotundidad en sentido contrario.

- El virus contagiado

Tiene diferente consideración haber recibido un VHC que un VIH, pues los criterios temporales desde los que surge la responsabilidad son distintos, como acabo de mencionar y tendré ocasión de mostrar.

LAS DIFERENTES POSTURAS

A.- Tesis condenatoria para la Administración Sanitaria

Venía siendo mantenida esta tesis por los tribunales, particularmente por el Tribunal Supremo hasta el año 2000. La consideración de base era que el contagio era un daño antijurídico, por lo que el paciente no tenía obligación de soportarlo y, en su consecuencia, una vez sobrevenido dicho daño surgía el derecho a una indemnización; todo ello con independencia del momento concreto en que se hubiera producido el contagio transfusional.

Es emblemática, en este sentido, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de Mayo de 1999, de la que discreparon de la mayoría los magistrados Sieira Miguel y Peces Morate (más adelante se verá por qué los menciono ahora). En igual criterio siguió la jurisprudencia de dicha Sala¹¹ hasta el cambio de criterio que más adelante voy a exponer.

En la Jurisdicción Civil sus resoluciones venían siendo, asimismo, de contenido condenatorio, igualmente con independencia de la fecha de contagio y de que fuera, o no, en aquel momento conocido el virus transfundido y por considerar, también, que el daño causado era antijurídico.

¹¹ He de mencionar la Sentencia de 19 de Octubre de 2000.

La Sala Segunda, de lo Penal, de dicho Tribunal había sentenciado, también, de forma condenatoria infecciones causadas en época en la que se desconocía la existencia del virus. Lo hizo, incluso, rigurosamente pues fijó, en alguna ocasión, penas de prisión para los facultativos responsables.

En sentido contrario a lo expuesto, es decir con pronunciamientos excluyentes de la responsabilidad, se pronunciaba, sin embargo, la Sala Cuarta, de lo Social, del referido alto Tribunal. A este criterio se sumó, como voy a exponer, la Sala Tercera a partir de determinada sentencia.

B.- Tesis de irresponsabilidad de la Administración.

Es obligado mencionar, en el ámbito Contencioso, la sentencia de 25 de Noviembre de 2000 de la Sala Tercera del repetido Tribunal, que iba a dejar definida la nueva orientación. Su ponente fue, precisamente, el magistrado Peces Morate, disidente del criterio condenatorio mantenido hasta entonces por sus compañeros

El fundamento de la exclusión de la responsabilidad en esta sentencia reside en la estimación de las hepatitis C, derivadas de transfusiones sanguíneas realizadas antes de 1989, como un riesgo que el paciente debía de soportar, en la consideración de que el daño se producía por fuerza mayor al no conocerse, entonces aún, la posibilidad del contagio y por tanto tener la condición de inevitable.

Apoyan el criterio exculpativo, por otra parte, en la necesidad (decía la sentencia) de salvar la contradicción existente en la jurisprudencia, dividida entre las tesis condenatoria y la absolutoria respecto de los contagios anteriores a 1989.

Causó gran sorpresa esta sentencia en los medios jurídicos, aún cuando tenía precedente¹² pues la Sala de lo Social del Tribunal Supremo había resuelto en sentido absolutorio en base a los mismos argumentos. Se mencionaba que los primeros kits comercializados para la detección de anticuerpos aparecieron a finales de 1989 y la obligatoriedad de las pruebas de detección, para el virus de la hepatitis C, surgió a partir de la Orden Ministerial de 3 de Octubre de 1990. Aplicó la teoría que se dio en llamar “del hecho

¹² Sentencia de 6 de Octubre de 2000.

externo”, que consideraba el daño como inevitable por estar fuera del conocimiento humano. Hubo, también, otras sentencias anteriores, de esta misma Sala Cuarta, con el mismo criterio (22 de Diciembre de 1997, 3 de Diciembre de 1999, 5 de Abril de 2000 y 9 de Octubre del mismo año).

Este planteamiento se recoge en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas¹³ en la redacción efectuada por la Ley 4/1999, de 13 de Enero:

“Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”

La sorpresa, a la que antes me refería, derivó del hecho de que esta sentencia tratase de dirimir la discrepancia existente con la afirmación de que antes de 1989 no se conocía el riesgo transfusional en España. Este extremo es científicamente muy discutible, con independencia de que se desconociese la posibilidad de aislar el virus, extremos evidentemente distintos (una cosa es ignorar la solución y otra muy distinta desconocer el problema mismo). Es de notar, como acertadamente apunta el letrado Santiago Pelayo¹⁴, que la Revista Science de Abril de 1989 hablaba de un virus que se llamó de hepatitis C (identificado ya en 1975 como no A no B) y Lancet, en Agosto de 1989, alertaba de que dicho virus circulaba por España.

Más sorprendente aún resultó, en los citados medios jurídicos, el argumento recogido en la sentencia referida de que el Estado no tiene por qué asumir el elevado coste de indemnizar a los afectados, pues lo contrario “... convertiría a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales”. Excluyo cualquier comentario a esta afirmación que se descalifica por sí sola.

¹³ Artículo 141.1

¹⁴ Actualidad del Derecho Sanitario número 70, Marzo 2001.

Con el objeto de dejar clarificado este conjunto de criterios y jurisdicciones expongo, seguidamente, un cuadro descriptivo de las sedes judiciales, sus criterios y algunas sentencias significativas.

◆ SALA PRIMERA (Civil)
Condenatorias: 18/02/97 11/02/98 26/02/98 - 09/03/99 - 05/10/99
◆ SALA SEGUNDA (Penal)
Condenatoria: 18/11/91
◆ SALA TERCERA (Contencioso)
Condenatorias: 31/05/99 - 05/10/00 - 19/10/00 10/02/01 - 19/04/01
No condenatorias: 06/10/00 - 25/11/00 - 19/06/01 18/09/01 - 26/02/02

C.- La tercera vía

Hay otros casos en los que la determinación de la responsabilidad, o la exoneración de la misma, no se analizan en base al momento del contagio, sino que se declara el derecho a la indemnización con fundamento en la Ley General de Consumidores y Usuarios y en la responsabilidad por productos farmacéuticos defectuosos, una vez identificados éstos.

Este ha sido el caso del producto inyectable GAMMAGARD que fue, en 1994, ordenado retirar por la Dirección General de Farmacia del Ministerio de Sanidad y Consumo por posible transmisión del virus de la hepatitis al ser

administrado a los pacientes. Este temor se vería confirmado más adelante cuando el Centro Nacional de Microbiología, Virología e Inmunología Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III declaró que los receptores de GAMMAGARD que habían sido estudiados habían mostrado, en un 89 por ciento, una relación clara entre la recepción del hemoderivado y la instauración del contagio.

El referido medicamento es una inmunoglobulina intravenosa¹⁵ que ocasionó contagios en Alemania, EE.UU. Francia, Reino Unido, Suecia y España. En nuestro país fue autorizada su distribución y venta, en 1990, a la firma BAXTER. No hay que olvidar que esta misma compañía fue declarada, más adelante, responsable de los daños causados por el dializador ALTHANE.

La declaración de la responsabilidad por esta vía se lleva a cabo a través de la objetivación de dicha responsabilidad, tal y como recoge la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, en su artículo 29 y declaró en su momento el Tribunal Supremo¹⁶

Mediante la objetivación el interés se centra en el nexo causal y desaparece la necesidad de probar la culpa. Basta con probar que se ha producido el daño y que está identificado el agente causante del mismo, siendo irrelevante si dicho daño se ocasionó de forma culposa, o no, y por supuesto la fecha en la que se produjo dicho daño a través de un contagio transfusional. Diagnosticada la infección vírica y determinada su causación por el GAMMAGARD ya está todo servido para declarar la responsabilidad de BAXTER, su fabricante, como así se hizo al plantear judicialmente este asunto.

Dejo, como reflexión, la consideración de que si el contagio se ha producido por un lote, preparado o producto no identificado, las cosas no están tan rotundamente claras y nos encontramos en el escabroso terreno de las distintas jurisdicciones, diferentes momentos y criterios encontrados.

¹⁵ Fabricada en Lessines (Bélgica)

¹⁶ Sentencia de 5 de Noviembre de 1999.

D.- Contagios transfusionales de VIH.

He analizado, hasta ahora, casos de contagio de VHC, pero si el virus transfundido es el de la inmunodeficiencia humana, las cosas cambian en el sentido siguiente:

También aquí hubo una Orden que prescribió la necesidad de realizar pruebas de detección (del VIH en este caso) de 18 de Febrero de 1987, recordemos que para el VHC era de 3 de Octubre de 1990. Es de notar que el estado de la ciencia permitía ya desde 1985 detectar la presencia de VIH, con lo cual nos encontramos, nuevamente, en presencia de un retraso entre la necesidad de la medida y la fecha de su publicación, mayor incluso en el caso del VIH. La Orden de 4 de Diciembre de 1985, sobre Hemodonación y Bancos de Sangre recoge ya distintas manifestaciones sobre la enfermedad del SIDA y los grupos de riesgo de dicho padecimiento.

Con las anteriores consideraciones la Audiencia Nacional, en su sentencia de 21 de Noviembre de 2001, condenó a la Administración Sanitaria por un contagio acaecido en 1985, cuando, según la citada resolución judicial, el estado de la ciencia podía evitar la transmisión del VIH por transfusiones sanguíneas, aún cuando todavía no fuera legalmente exigible por vía normativa.

Quiero llamar la atención de que en este particular caso de contagio por VIH la responsabilidad del Estado podría haber sido exigida, también, llegando al resultado condenatorio (en mi opinión), por el hecho de la evidente insuficiencia normativa, desde 1985 hasta 1987.

Otras Cuestiones

Una vez realizado, con la necesaria brevedad, el análisis de este concreto asunto, debo de concluir el mismo con la mención, siquiera, de tres cuestiones de interés en el campo de los contagios transfusionales.

- ◆ Las ayudas a los afectados

Como he dejado expuesto, al transcribir el artículo 141.1 de la Ley 30/1992 en su actual redacción, el hecho de que no se declare responsabilidad de la Administración por un contagio transfusional no trae consigo el que los afectados no puedan acogerse a las ayudas que por vía normativa puedan ir apareciendo. En este sentido se publicó el Real Decreto 9/1993 de ayudas a los afectados por VIH, que no hacía referencia alguna a la fecha del contagio del virus.

Más adelante la Ley 55/1999, de 29 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, dispuso¹⁷ que los hemofílicos afectados por contagios transfusionales de VHC tendrían derecho a una ayuda social. Esta norma encomendó al Gobierno, a tal efecto, la elaboración de un Censo de Afectados y la preparación del correspondiente proyecto de ley que fijase las condiciones y cuantías de las ayudas. El censo fue aprobado por la Comisión Gestora constituida al efecto, el 21 de Noviembre de 2000, La Ley (14/2002, de 5 de Junio) fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 6 de Junio de 2002 y recoge lo siguiente:

REQUISITOS PARA RECIBIR LAS AYUDAS

- ◆ No haber sido emitida, respecto del afectado, sentencia alguna condenatoria contra cualquier Administración Pública, por el hecho del contagio.
- ◆ Renuncia del interesado a cualquier otra reclamación por causa del contagio recibido.
- ◆ Figurar inscrito el perjudicado en el Censo antes mencionado.

TRAMITE DE LAS AYUDAS

- ◆ Corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo el trámite y el pago de las mismas.

¹⁷ Artículo 80 de la misma.

◆ El plazo para solicitarlas es de 4 meses desde la entrada en vigor de la Ley¹⁸.

Es preciso dejar constancia de lo desafortunado de esta norma que, perdiendo una histórica ocasión de desarrollar principios de solidaridad social (para aquellos casos en los que no es posible obtener resarcimiento por la vía de la responsabilidad) adolece, a mi juicio, de las siguientes carencias:

a) Se limita a los perjudicados hemofílicos y no a los contagiados, en general, por transfusiones sanguíneas.

b) La exigencia de renuncia a la vía judicial no parece compatible con el derecho al principio de tutela judicial efectiva.

c) La cuantía de 3 millones de pesetas es muy escasa comparada con las cantidades asignadas en normativa anterior a contagiados de SIDA.

d) La enfermedad por VHC es un padecimiento de curso evolutivo (como dejó apuntado en el bloque que titulaba “el curso de la enfermedad”). Puede darse, pues, el caso de que una persona infectada que ahora no puede solicitar las ayudas, por ser mero portador del virus, desarrolle la enfermedad más adelante y una vez transcurrido el escaso plazo de 4 meses, quedando, así, fuera de la protección prevista al no entrar en su límite temporal de solicitud.

e) El plazo para reclamar la responsabilidad

La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, 30/1992, de 26 de Noviembre¹⁹ establece el plazo de un año para reclamar por aquellos perjuicios que un ciudadano sufra por actuaciones de la Administración y puedan ser exigidas por la vía de la Responsabilidad Patrimonial. Fija como arranque del cómputo la producción del hecho o el acto que motive la indemnización o la manifestación del hecho lesivo. Completa este planteamiento dejando la posibilidad de iniciar el cómputo desde la curación o la fijación del alcance de las secuelas.

¹⁸ Finalizando, por tanto, el 7 de Octubre de 2002.

¹⁹ Artículo 142.5 de la misma.

Es trascendental el acudir a la aplicación de esta última matización en el caso de los contagios transfusionales, pues la enfermedad que ocasionan, desde la inoculación del virus, es, como ha quedado dicho, de curso evolutivo.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo²⁰, por cierto en unificación de doctrina, que declara la responsabilidad objetiva (sin necesidad de probar culpa). Declara estos padecimientos como daño continuado y por ello persiste la posibilidad legal de reclamar en plazo hasta que se concreten definitivamente las secuelas de la enfermedad, momento, desde luego, desconocido e imposible de fijar a priori.

◆ La posición del médico

Concluyo con un breve análisis: Actualmente la normativa en vigor (Ley de Régimen Jurídico citada y Ley Orgánica del Poder Judicial) declaran como vía competente para juzgar los daños sanitarios a la Contencioso – Administrativa, en la cual el médico no puede ser condenado, compareciendo la Administración Sanitaria en lugar de aquel. Esta sede judicial ya hemos visto que fijaba, antes, responsabilidad para supuestos iguales en los que ahora no lo hace.

Si tenemos en cuenta que la Jurisdicción Social comparte esta última tesis y que, por el contrario, la Civil y la Penal (en la que sí que puede ser condenado el médico), resuelven de forma condenatoria (con independencia de la fecha del contagio), es fácil imaginar a qué sedes, a cual de las “puertas” citadas, llamarán los letrados representantes de los intereses de los perjudicados por los asuntos que he tratado.

No hay que olvidar la “querencia” hacia la Jurisdicción Penal que muestran muchos letrados de parte, asentada, fundamentalmente en: justicia más rápida, procedimiento más asequible, mejor acceso a la prueba y cuando menos (aunque no se consiga indemnización) haberle dado al médico la “pena de banquillo” viéndose declarar como imputado ante un tribunal. Puede hacerse, además, surtir el efecto indemnizatorio de la vía civil a la penal mediante el planteamiento de la llamada acción civil acumulada.

²⁰ Sentencia de 19 de Octubre de 2000.

Conclusiones

- El momento del contagio es un hecho determinante para declarar, o no, la existencia de responsabilidad.
- Los momentos temporales son diferentes según el virus contagiado sea el VHC o el VIH.
- Por los contagios anteriores a la fecha de detección del virus, condenan la Jurisdicción Civil y la Penal y resuelven en sentido contrario en la Contenciosa (a partir de determinado momento) y en la Social.
- Cuando el agente transmisor es identificado (caso del GAMMAGARD) se aplica responsabilidad objetiva.
- La vigente Ley de Ayudas por contagios transfusionales se ciñe, exclusivamente, al caso de hemofílicos, adoleciendo de importantes deficiencias.
- Las reclamaciones por contagio de VHC o de VIH no deben de estar sujetas al plazo de un año para ser presentadas, por la naturaleza de su curso y lo impredecible del momento de fijar las secuelas definitivas.
- El futuro nos dirá si, ante el posicionamiento actual de las jurisdicciones, veremos médicos demandados en las vías Civil o Penal, por contagios anteriores a las fechas citadas para detección del virus y la obligatoriedad de la misma.

Conviene pues seguir la evolución de este interesante asunto. Se trata, nada menos, que de fijar los pilares básicos en los límites de la actuación del Estado hacia los ciudadanos: El principio de legalidad, el de tutela judicial y el de responsabilidad de las Administraciones Públicas

EL DERECHO A LA INTIMIDAD

Pocas cuestiones tan actuales, como dice el profesor Diego Gracia, como éstas, no sólo por la mayor sensibilidad actual hacia las mismas, sino por los evidentes peligros que las acechan. Vivimos en la sociedad de la información, que permite hacer llegar en instantes una noticia de un lado a otro del globo terráqueo, pero que también posibilita convertir lo privado en público. Es el momento de “la Aldea Global” de Mc. Luhan²¹.

La salvaguarda de la intimidad es consecuencia del reconocimiento de la personalidad y del respeto a la dignidad de la persona, como afirman los hermanos Sánchez Caro²², a quienes vengo siguiendo en la exposición de este punto.

Es más amplio el término privacidad que el de intimidad. Es privado todo aquello que nos es propio: en pertenencia o en vivencias (nuestras amistades, costumbres...). Se refiere, el término privacidad a datos e informaciones no íntimos pero sí personales y excluidos en su acceso a los demás (secreto bancario o industrial, por ejemplo). La privacidad, de esta forma, puede ir referida a personas jurídicas

El concepto de privado no es nuevo, siquiera como contrapuesto al de público. Se entiende por público, desde un punto de vista sociológico, aquello que es de común conocimiento. Bajo una interpretación constitucional, por otra parte, lo público es aquello ligado a las Administraciones Públicas. En este último sentido lo privado se erige como un reducto excluido de lo público y previo a éste último.

El derecho a la privacidad es aquel que protege a un individuo de la ingerencias de extraños en su vida privada.

A su vez lo íntimo es aquello que siéndonos privado se encuentra en la esfera interior de dicho ámbito y sobre lo que ponemos especial salvaguarda. Una persona famosa puede ceder a lo público una parte de su vida privada, pero no su fuero íntimo, que debe preservarse absolutamente. Lo íntimo, sólo excepcionalmente, puede cederse a ciertas personas²³. La diferencia, en realidad, no es sustancial sino de grado y la información sanitaria es fronteriza en este sentido.

²¹ No hay que olvidar el subtítulo de su obra: “Transformaciones en la vida del mundo y en los medios de comunicación en el Siglo XXI”.

²² “El Médico y la Intimidad”.

²³ Precisamente bajo el principio de confidencialidad

A pesar de que se trata de asuntos de notoria actualidad es evidente su antigua tradición. *Intimidad* es término abstracto de “ínterior” (comparativo: más dentro de) cuyo sustantivo es “íntimus” (superlativo: lo más interior). En efecto lo íntimo es lo más interior que una persona posee.

La dificultad de abarcar, conceptualmente quiero decir, el término intimidad reside en que sus fundamentos tienen cabida en campos tan dispersos como el Derecho, la Ética o la Filosofía, pero también en la Antropología, la Historia o la Psicología. De hecho el ámbito íntimo es consustancial a cualquier persona, incluso a los agnósticos. Como afirma Carmen Sánchez Carazo, autora a la que sigo, también, en esta materia, los “otros” son respetables no porque compartan identidades o siquiera similitudes, sino por el hecho de ser precisamente “otros”: otros seres humanos, otros como yo mismo.

Confidencialidad es fe compartida, sobre la base de la confianza. Es la actitud de respeto, de silencio, de secreto sobre lo íntimo y privado que de alguien se conoce.

Intimidad, Privacidad y Confidencialidad son, en realidad, conceptos describibles pero difícilmente definibles.

Privacidad e Intimidad. Antecedentes

Hoy el término Intimidad va aparejado con el de Autonomía. En efecto cuanto más tengamos de una de ellas más dispondremos de la otra. La aparición de la Intimidad se ha ligado, en realidad, a la aparición de la Autonomía. Así la Ley 8/2003, de Castilla y León, establece el derecho del paciente a solicitar que se ausenten los estudiantes, profesionales u otros usuarios, presentes en el momento de la asistencia y que no tengan parte activa en la misma.

En el Código Penal Español ha venido existiendo, hasta la reforma de 1989, el título de los “Delitos contra la Honestidad”, que cambió su rótulo por el de “Delitos contra la Libertad Sexual”. Este hecho es indicativo de un giro en la mentalidad social: la más perdida de las prostitutas tiene derecho a su libertad sexual.

Debo de dejar resaltado que el derecho a la intimidad es inherente a la persona, que no debe, por ello, de ser conquistado para ser poseído y que no se pierde por desconocerlo. Es un derecho de la personalidad y por ello tiene las siguientes características:

- Es indisponible (intransmisible inter. vivos y mortis causa)

- Es irrenunciable
- Es, en consecuencia, inexpropiable e inembargable.
- Es imprescriptible

Nuestra Constitución reconoce²⁴ las garantías, antes referidas, del honor, de la intimidad y de la propia imagen, en cuyo contexto es protegido el domicilio y las comunicaciones, haciéndose una referencia (en este sentido) a la informática.

Manifestaciones fundamentales de la Intimidad

Lo muestran, los autores citados, en tres apartados diferenciados:

◆ Intimidad Personal: Supone un acceso limitado, la preservación de un núcleo inviolable a cualquier intromisión y en este sentido se pronuncian el Tribunal Supremo y el Constitucional. Se trata, en realidad, del seno interior de la personalidad. Es un derecho fundamental básico para el ejercicio de otros derechos.

◆ Intimidad Familiar; Va referida no al lugar en donde ocurren los hechos, sino a las personas a las que protege a sus relaciones. Este concepto, en la interpretación que le confiere el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es expansiva y alcanza a la familia adoptiva y a las uniones de hecho.

◆ Intimidad de la propia imagen: Se discute su carácter de autónoma o derivada de la personal. Imagen es la representación gráfica de la figura humana mediante procedimientos de reproducción. Pueden invadirse, conjuntamente, los derechos al honor y a la propia imagen (caso de una reproducción desfavorable) o sólo a la propia imagen (reproducción favorecedora) por la reproducción no consentida.

Se citan las siguientes características como comunes a las tres manifestaciones expuestas:

1.- Tienen un claro contenido de defensa, oponible frente a intromisiones de terceros e incluso de los poderes públicos.

2.- Gozan de tutela reforzada en cuanto derechos fundamentales. El procedimiento a utilizar está dotado de preferencia y sumariedad. Puede utilizarse el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional contra actuaciones de los poderes públicos. Su regulación, por otra parte, goza del principio de reserva de ley.

²⁴ En su artículo 18.

3.- No son derechos absolutos, pero su limitación ha de respetar la regla de proporcionalidad del sacrificio. La medida limitadora ha de estar prevista en la ley, adoptada por resolución judicial motivada y ser necesaria, idónea y proporcionada al fin pretendido. Para la justificación de la necesidad de adoptar la medida rige la inversión de la carga de la prueba.

Infracciones a su preservación

Por la necesaria brevedad en la exposición he de limitarme, solamente, a citar los campos de regulación de este asunto.

- CIVIL: Es el ámbito indemnizatorio general de la exigencia de reparación de los daños y perjuicios o del uso de las acciones derivadas de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor a la intimidad personal y a la propia imagen.

- PENAL: Cuando se produce la vulneración de la intimidad o la revelación de secretos que deban de ser preservados. Acceder indebidamente a una Historia Clínica y divulgar su contenido respectivamente, por ejemplo.

- PROTECCIÓN DE DATOS: La Ley Orgánica sobre esta materia²⁵, otorga especial protección a los datos sanitarios al considerarlos “información sensible”.

Es interesante destacar que la obligación de confidencialidad alcanza a cualquier profesional que tenga conocimiento de una información que deba de ser preservada.

Grabación de imágenes en centros sanitarios

Es ésta una cuestión de particular interés actual, si bien no por la frecuencia con la que ocurre, sí por los matices y peculiaridades que presenta. No hace mucho tiempo que el extinguido Instituto Nacional de la Salud, a través de su Presidencia Ejecutiva publicó una Resolución²⁶ de particular interés. Se trata de una disposición concreta, completa y razonable sobre la captación de imágenes en los centros sanitarios, que da acogida a principios de la Unión Europea, la Ley Orgánica 1/1982 y la Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica al menor e incluso al propio Código Civil y a la Ley de

²⁵ Ley 15/1999.

²⁶ Resolución de 16 de Junio de 1999.

Enjuiciamiento del mismo orden. Les resumo a continuación algunos puntos relevantes de la misma.

- ◆ Acceso de los medios de comunicación. Cuando deban de penetrar en una institución sanitaria para dar cobertura informativa precisan para ello del conocimiento y autorización de la Gerencia del centro, sobre todo si la información supone la utilización de medios audiovisuales.

- ◆ Filmaciones de ambiente. Cuando la filmación afecte a un suceso o evento público no supone invasión de la intimidad, siempre que la imagen de las personas aparezca como accesoria y no individualizada. Si la filmación incluye a menores el criterio es restrictivo.

- ◆ Grabación de imágenes o voces de personas en el curso de procesos clínicos. Cuando se trate de personas mayores de edad habrá de autorizar la Gerencia del centro, pero precisará, en todo caso, del consentimiento del afectado.

Si se trata de un menor y no fuere preciso desvelar su identidad bastará con su autorización, si fuese maduro, o de sus representantes legales, en otro caso. Si se desvelase la identidad será necesaria, además del consentimiento anterior, la autorización del Ministerio Fiscal.

- ◆ Visitas institucionales. Cuando autoridades o personalidades públicas realicen dichas visitas a los centros sanitarios se procurará que las imágenes sean de tipo ambiental evitando individualizar las filmaciones.

- ◆ Situaciones especiales. Cuando afecten a personas ingresadas en centros sanitarios por accidentes, catástrofes, inundaciones... la Gerencia ha de procurar que la filmación sobre aquellas sea genérica para los medios de difusión y personalizada para los familiares.

Campo de aplicación. Esta Resolución se emitió con destino a los centros sanitarios propios de la red sanitaria dependiente del INSALUD (Sanidad no transferida hasta 1-1-2002) y los centros concertados por dicha entidad, respecto del personal ingresado en las mismas, objeto de asistencia sanitaria pública.

Derecho a la intimidad y derecho a la información

Cuando entran en conflicto dos principios ha de sopesarse la situación para decidir cual de ambos debe de prevalecer, sin que ello suponga, por otra parte que deba de desaparecer ninguno.

Entre los principios ahora mencionados no hay jerarquía y por ello la primacía ha de ser resuelta en cada situación concreta. No obstante quiero dejar constancia de algunas pautas:

- ◆ En caso de conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor se estima, conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional, que “en principio” ha de prevalecer la primera. Prevalece el segundo, sin embargo, cuando la información carece de veracidad (faltando, entonces, la causa legitimadora).

- ◆ Si el conflicto de la antedicha libertad surge en el derecho a la intimidad prevalece “prima facie” esta última. También aquí puede invertirse la prevalencia, que sucede en el caso de la trascendencia pública de la información, que puede hacer llegar a hacer conveniente la difusión del contenido de aquella. No debe de confundirse nunca esta conveniencia con el inexistente derecho de la curiosidad pública a ser satisfecha a ultranza. La Constitución protege la libertad de expresión de un medio de difusión, por ejemplo, pero cuando esto se proyecta sobre otro derecho dotado de la misma intensidad de protección, la información sólo se legitima por la relevancia pública que contenga.

- ◆ Con la confidencialidad sucede lo mismo, pues ésta prevalece , en principio, sobre la posibilidad de informar. Esta posibilidad, no obstante, convertida en obligación prevalece en algunas ocasiones sobre la confidencialidad misma (información a la pareja de un paciente aquejado de una infección mortal).

Esta obligación de preservar es preciso destacar que alcanza a las personas hasta más allá de su existencia.

El caso particular de los datos genéticos

Nos encontramos con dos tipos de problemas, al tratar este asunto de la información genética de una persona:

- ✓ La obtención de la información ha de ser efectuada con el consentimiento (expreso) de su titular.

✓ Una vez obtenida hay que plantearse diversas cuestiones como quién puede acceder a ella, qué normas rigen su conservación y qué plazo fijan para ello.

Hay que señalar, por una parte, que la información genética no se circunscribe a su titular, sino que alcanza a sus ascendientes y descendientes por la carga hereditaria de la que es portadora dicha información. No es menos importante, por otro lado, que la obtención de la información puede ser trascendente para efectos económicos de un tercero.

En este último caso citado la repercusión es evidente en el campo de la eventual contratación por empresas respecto de determinadas personas, así como en el ámbito del seguro. Respecto de éste último. Sin embargo, admite variantes de interés:

❖ Seguro de Vida: Puede, a su vez, admitir las siguientes formas: a) De Vida Entera, cuando el asegurador paga la cantidad convenida a los beneficiarios de asegurado por el fallecimiento de éste, en cualquier momento. b) De Supervivencia, Si el asegurador paga el capital convenido al asegurado en el caso de que éste rebase determinada edad. c) Mixto, en el que el pago surge si el asegurado fallece en determinado intervalo temporal o sobrevive a una determinada edad.

❖ Seguro de Accidentes: El asegurador sufraga el importe de los cuidados que requiera el accidentado asegurado, o le paga determinada cantidad en caso de sufrir invalidez o muerte por la contingencia objeto de cobertura.

❖ Seguro de Enfermedad: Cubre los costes médicos, farmacéuticos y hospitalarios en la medida y duración pactadas en la póliza, siempre que sean debidos a esta causa.

La importancia evidente de la información genética surge, con mayor relevancia, respecto de los seguros de vida y para los de enfermedad.

El descubrimiento del mapa del ADN ha podido ser ,en la historia de la Humanidad, un fenómeno de una relevancia comparable a la Revolución Industrial o a la invención de la penicilina. El eje de la problemática surgida a raíz de este trascendental suceso es que una vez viable la posibilidad de descifrar, es evidente la aparición de intereses en conocer el contenido de la información descifrada. En los albores del Siglo XXI hemos abierto la puertas a la Medicina predictiva.

Se entiende por Genoma el conjunto de información agrupada en unidades llamadas Genes que, en su conjunto, forman los cromosomas y se sitúan en el núcleo

de cada célula del organismo. Se trata, en realidad, de la información sobre el código genético ADN, ARN y secuencia de proteínas²⁷

La importancia radica en que este código es único y personal, y en el hecho de que revela nada menos que la salud pasada, la presente y la futura de la persona portadora de dicho código. Una vez viable la posibilidad de descifrarlo (conocida su trascendencia) es evidente el interés de ciertos interesados en conocerlo.

El desarrollo científico nos permite acceder a la identidad genética de las personas, pero este incuestionable progreso nos trae, como contrapartida, el peligro de violación de ciertos valores considerados tradicionalmente intangibles.

A/. Utilidad de la información genética

Siguiendo la exposición de Questiaux puede asignarse la información genética a los siguientes fines:

- 1.- Médicos: Tests de contenido asistencial
- 2.- Sociales: Identificación forense o de la paternidad, por ejemplo.

El Convenio de Oviedo vigente ²⁸, suscrito por España, prohíbe las pruebas genéticas predictivas que no tengan como fines la salud o la investigación sanitaria.

B/ Posibilidad de discriminación

Surge cuando se utiliza esta información para tratar a alguien de forma diferente e injusta.

Existe el riesgo evidente de que una población que se encuentra simplemente en riesgo se convierta socialmente en defectuosa y por ello en desechable. El mencionado riesgo se da, sustancialmente, en los ámbitos mencionados a continuación:

C/ Ambitos de aplicación

Se muestra, fundamentalmente, en dos concretos campos:

- Cuestiones de relación laboral

²⁷ M.C. Vidal Casero. El proyecto genoma humano...

²⁸ Desde 1 de Enero de 2000.

➤ Pólizas de aseguramiento (enfermedad o vida)

Es evidente la relevancia que puede tener el conocimiento del código genético de un trabajador, con carácter previo a su contratación. Era habitual (y aceptado) hasta ahora el reconocimiento médico previo a la prestación laboral. Podría parecer que, utilizando los avances actuales de la ciencia, sería lícito pedir un análisis previo de ADN ²⁹, pero existe una radical diferencia desde el punto de vista ético, ya que el diagnóstico molecular de ADN puede identificar una enfermedad situable en el futuro e impedir, por ello, la contratación del trabajador.

Al referirnos a los seguros, continúa este autor, una vez evidenciado el dato alarmante, la compañía aseguradora no suscribirá la póliza o lo hará mediante una prima desorbitada. Ello sin olvidar, por otra parte, que el asegurado que conozca, mediante la citada diagnosis, su futura enfermedad puede actuar fraudulentamente con la aseguradora.

En el caso del análisis previo a la relación laboral solamente es lícita su práctica cuando exista una relación razonable entre la información a buscar y las aptitudes necesarias para el trabajo. Puede admitirse³⁰ el derecho del trabajador a aportar un test genético favorable.

Cabe preguntarse en el aspecto del seguro, si el hecho de conocer enfermedades futuras (o no hacerlo) elimina el concepto del riesgo, básico en la esencia misma de la relación de aseguramiento. Cabe plantear aquí, nuevamente, la misma cuestión de antes: Si se considera lícito un análisis de sangre ¿por qué no uno genético?

D/ Autorización para el acceso.

Quiero dejar solamente apuntado en este aspecto el carácter marcadamente personalísimo de este derecho; siempre en el campo de la información sanitaria, pero resaltado en este caso por la índole de los datos que acoge.

Corresponde autorizar este acceso exclusivamente al interesado, quien puede permitir a terceros el conocimiento o manejo de la información genética.

²⁹ J. R. Lacedena. Proyecto Genoma Humano

³⁰ T. Sala Franco. Selección genética laboral

Infecciones

Concorre, también aquí, la nota de posible discriminación sobre las personas afectas de estos padecimientos.

De todas las enfermedades transmisibles es el SIDA aquella que más problemas genera en este ámbito. El caso más relevante es el de si el médico que conoce el estado infectivo de su paciente, puede (e incluso debe) comunicarlo a tercera personas relacionadas con dicho enfermo, para preservar la salud de estas últimas.

En estos casos los autores suelen decantarse por la tesis de la preservación de la confidencialidad del infectado y tratan de salvar la situación de riesgo (grave) respecto del tercero con la opción de que el facultativo trate de persuadir al enfermo para que sea éste quien informe al citado tercero. La Asociación Médica Americana postula tesis de que si el infectado no es persuadido el médico ha de revelar la información que conoce para preservar la salud del tercero, e incluso con fines de prevención de salud pública. Me permito, por mi parte, añadir una tesis mixta (conciliadora) y es que en este último caso el médico se decida por revelar, pero que lo ponga en conocimiento de la autoridad judicial para contar con su autorización y conjurar así el riesgo de incurrir en violación del Secreto.

La preservación de la confidencialidad respecto de personas infectadas es en España objeto de fuerte protección. Fracaso, en este sentido, el proyecto de crear un registro nominal y obligatorio en el que se incluiría a todas las personas infectadas con VIH. Bajo el mismo planteamiento de preservación fue condenado el periodista que dio la identificación de dos presos que, afectados por la citada enfermedad, trabajaban en la cocina de la prisión.

En nuestro ordenamiento los tratamientos médicos son, por lo general, voluntarios y el SIDA no es una enfermedad de terapia obligatoria. No puede, por ello, el paciente ser sometido a una analítica con tal finalidad si se practica contra su voluntad. Dicho de otra manera, no cabe la recomendación 2 antes mencionada y en este sentido se pronunciaron en su día los Ministerios de Sanidad y Trabajo³¹

³¹ Pronunciamiento que, como no podía ser de otra forma, no ha cambiado.

LA HISTORIA CLÍNICA

Las cuestiones que plantea, de muy variada índole, se centran en la preservación de su contenido y la posibilidad de acceso al mismo por personas autorizadas. Quiero, no obstante, dejar expuestas unas palabras sobre un asunto de menos importancia pero siempre mencionado al tratar estas cuestiones.

■ **Pertenencia.**

Confundida, a veces, con el acceso a la misma se manejan al respecto las siguientes teorías:

- Propiedad del centro sanitario: Referida al soporte material.
- Propiedad del facultativo: Respecto a los criterios científicos o juicios clínicos vertidos en la historia.
- Propiedad del usuario: En cuanto a la relevancia de la información contenida en la historia y a su carácter personalísimo.
- Tesis mixta o integradora: Es la única que ofrece una visión cabal de esta cuestión. En efecto, el soporte material corresponde al centro y a los profesionales la autoría de sus opiniones o criterios, pero al paciente le corresponde la posibilidad de acceder e incluso de disponer de la historia clínica.

■ **Acceso.**

Se da, en este asunto, una potencial colisión entre el derecho del usuario a la confidencialidad de la información a él referida y el derecho de determinadas personas de acceder a la citada información.

Podemos sistematizar los casos de acceso a la historia clínica en función de los sujetos que quieren acceder a ella de esta forma:

1.- El propio paciente:

Al coincidir el interesado en obtener la información con su titular, queda el sistema sanitario relevado del deber de confidencialidad. Este acceso es, por otra

parte, un derecho del ciudadano que ha de ser posibilitado por la Administración Sanitaria.

Otra cuestión es si, además del propio acceso, se puede obtener copia de la Historia, cuestión que debemos de contestar afirmativamente, pues las normas vigentes así lo permiten³² y, por otra parte, ésta es la verdadera utilidad del acceso.

Hay que apuntar, no obstante, que al mismo paciente puede serle ocultada información de su propia historia, cuando afecte a cuestiones íntimas de terceras personas o contenga extremos, referidos a él mismo, que impidan el que le sea facilitada por su especial situación personal (caso frecuente en enfermos psiquiátricos o eventual ejercicio del privilegio terapéutico en supuestos de pronóstico fatal).

La vigente Ley 41/2002 pone dos limitaciones en el acceso por el propio paciente a su Historia y es que no puede hacerlo en perjuicio de un tercero ajeno al Sistema ni de los profesionales sanitarios por los juicios u opiniones vertidos en dicho documento.

2.- Los familiares del paciente:

No es posible el acceso a la historia clínica de un paciente capaz y consciente, por sus familiares, sin la autorización de aquel. En caso de incapacidad o inconsciencia habrá de valorarse la necesidad del acceso y el beneficio potencial que tal acceso puede aportar al paciente.

En el artículo 18 de la Ley 41/2002 se reconoce el derecho de los familiares de un paciente fallecido a acceder a la Historia de aquel, salvo que constase de forma indubitada la voluntad del fallecido de negarles el acceso.

3.- Terceras personas:

Debemos diferenciar, en este grupo, dos supuestos diferentes:

Terceros integrados en el ámbito asistencial: No plantea duda la posibilidad de acceso por los facultativos encargados de la asistencia, por la inspección sanitaria o por medios científicos o investigadores (con las lógicas limitaciones derivadas de su concreta función).

³² Artículo 18.1 de la Ley 14/2002: "Derecho a obtener copia de *los datos* que figuren en ella..." (en la Historia).

También es factible el acceso al personal de gestión que realice funciones de apoyo al ámbito asistencial, acceso limitado, naturalmente, al objeto y contenido estricto de su función.

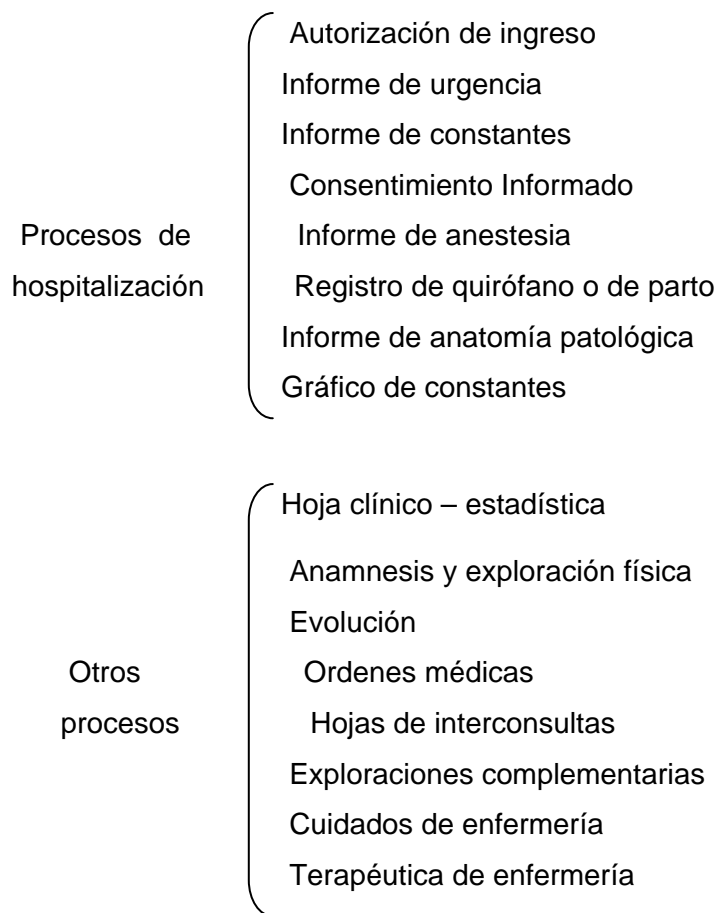
Terceros ajenos al ámbito asistencial: No es posible el acceso a la historia por las empresas respecto de sus trabajadores, en cuanto a información individualizada, salvo autorización del propio titular de la información. Hay que resaltar que el cónyuge, a estos efectos, tiene la condición de tercero y por ello precisa autorización para el acceso.

Actualmente existen empresas privadas que custodian y gestionan historias clínicas de algunos centros públicos. Tiene prohibición, estas empresas, de subcontratar el servicio y han de devolver la información una vez concluida la relación contractual.

Hay que poner especial cuidado cuando la información es solicitada por los tribunales, pues aquella no debe de ser entregada de forma absoluta e incondicionada sin peligro de violentar la obligada confidencialidad. En los procedimientos civiles, sociales o contenciosos hay que solicitar del juez que concrete los extremos que precisa conocer, para evitar, en lo posible, la entrega íntegra de la historia. En los asuntos penales (En los que el inculpado puede ser un facultativo o el propio paciente) podemos resumir en el sentido de que la obligación de entrega de la historia es más rigurosa, al suponer ésta una pieza probatoria imprescindible para el proceso. La Ley 41/2002 da acogida a ¡l criterio de protección de la confidencialidad de la información contenida en la Historia (aún sin olvidar la necesaria observancia del principio de colaboración con la Justicia) cuando, en el sentido que he expresado con anterioridad, establece que el acceso judicial debe de limitarse a los fines precisados en cada caso concreto. En igual sentido el anteproyecto de Castilla y León cando establece que en todos aquellos casos en los que se acceda a la Historia Clínica para fines extrasistenciales, el propio acceso y la información a extraer estarán limitados por la necesidad de la finalidad pretendida.

◆ Contenido

La nueva Ley 41/2002 en su artículo 15 determina que, como mínimo, este documento habrá de contener:



◆ Conservación

Existe ya una indicación legal a este respecto en legislación básica nacional y así la Ley 14/2002 precisa el plazo en 5 años *desde la fecha del alta de cada proceso asistencial*.

El caso particular de la destrucción de documentos

Me he estado refiriendo, hasta ahora, al acceso y utilización de los documentos soporte de la información; pero no puedo omitir, para concluir estas materias, el abordar el asunto de la destrucción de dichos documentos. Es evidente que, por la información que contienen, no puede llevarse a cabo dicha destrucción de cualquier forma. Es preciso atender a cuestiones previas al hecho de acabar con los documentos y a otras directamente conexas con este hecho. Voy a tratar de sistematizar mi exposición:

CLASIFICACION DE LOS DOCUMENTOS

◆ Grupo primero: De máxima confidencialidad. Se trata de aquellos que contienen información clínica (un informe de alta, por ejemplo). Precisan, para ser destruidos, de la firma de la Dirección Médica.

◆ Grupo Segundo: De alta confidencialidad. Es el ámbito natural de los documentos de tipo administrativo (una nómina). Han de ser autorizados, para ser destruidos, por el Director de Gestión.

◆ Grupo Tercero: De confidencialidad ordinaria. Abarca este concepto a cuantos documentos integra la gestión ordinaria del centro sanitario (una solicitud de permiso de un trabajador). Ha de autorizar, en este caso, el Jefe de Servicio de donde proceda el documento.

◆ Grupo Cuarto: Documentos ordinarios, sin amparo especial respecto de la confidencialidad. Se puede incluir aquí una relación de proveedores, por ejemplo. La firma que se precisa para autorizar la destrucción es la de cualquier persona responsable en el Servicio, no necesariamente el Jefe del mismo.

◆ Grupo Quinto: Resto de los documentos. Podemos ubicar aquí un variopinto abanico de documentos en los que no concurren condiciones de confidencialidad por su propia índole o que, tratándose de documentos clínicos o asistenciales, no incluyen datos identificativos.

PROCEDIMIENTO A SEGUIR

A/ Comunicación al Archivo. Se hace por el Servicio o Unidad que precisa de eliminar los documentos, incorporando a un escrito la información siguiente:

- Servicio del que proceden los documentos
- Servicio que solicita la destrucción
- Descripción y detalle de los documentos
- Causa de solicitar la destrucción
- Firma de persona autorizada

B/ Valoración por el Archivo. Examinada esta solicitud decide si solicita la entrega física de los documentos para poder materializar la destrucción solicitada. En caso afirmativo se da entrada a los documentos en el Archivo, mediante la firma de

una copia de la solicitud anterior, a modo de recibo. Tras esta operación, quedan los documentos en depósito hasta la destrucción.

C/ Registro en el Archivo. De toda la documentación recibida para su destrucción se dejará registro, bien mediante sistema de libros o preferentemente bajo sistema informatizado. El volumen y la índole del material a destruir podrá aconsejar su registro pormenorizado o el simple archivo de las hojas de petición antes referidas.

D/ Destrucción de los documentos. Una vez acordada la fecha y modo se llevará a efecto por el personal propio del Archivo. Cuando el volumen del material exceda esta posibilidad se acudirá a medios externos a dicha Unidad, debiéndose contar para ello, preferentemente, con personal del Servicio peticionario. En todo caso la destrucción habrá de ser presenciada por un representante de este último Servicio. Culmina este proceso con el levantamiento de un acta expresiva del hecho de la destrucción y el reciclado del material de desecho, si fuere posible.

EL CONSENTIMIENTO INFORMADO

El derecho a la información, respecto del enfermo o de la persona sana, tiene como objeto el orientar decisiones trascendentales para la conservación o recuperación de la salud. El paciente, inserto en la relación que le vincula con el Sistema Sanitario Público está en realidad a merced del mismo, por su situación doliente y por la falta de dominio científico del medio que le atiende.

La necesidad de consentir, por parte del ciudadano, considerada hoy como una obviedad, surgió a partir del Código de Nüremberg en 1947. Hasta mucho después, sin embargo, no se incorpora a las legislaciones nacionales y en España, concretamente, sucede a partir de la Ley General de Sanidad de 1986.

La información es el presupuesto ineludible de la autonomía individual para emitir el consentimiento y éste, a su vez, legitima la intervención sobre el paciente, a diferencia de lo usual en épocas anteriores en las que (bajo criterio paternalista) las decisiones del paciente las tomaba el médico sin contar con aquel.

La vigente Ley 41/2002 considera como Consentimiento Informado la conformidad voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de

sus facultades, después de recibir información adecuada, para que tenga lugar una decisión que afecta a su salud.

Destinatario. Supuesto básico:

Es el de un paciente capaz y consciente que emite su consentimiento bajo las condiciones siguientes:

- Capacidad suficiente (ausencia de incapacidad)
- Consentimiento válido (carencia de vicios en él)
- Forma debida (consentimiento expreso y concreto)
- Anterior a la intervención (con posibilidad de revocación)

Destinatario. Menores e incapacitados:

Respecto de los primeros el límite de edad de 18 años es orientativo, debiendo de atenderse a la madurez mental de un menor en concreto. La voluntad de los incapacitados, por otras razones, se suple por la de sus representantes legales.

El tratamiento concreto que la vigente normativa (Ley 14/2002) hace respecto de los menores es el siguiente:

- * Menores de 12 años: Decide, libremente, su representante legal.
- * Menor de edad, pero mayor de 12: Ha de ser oído.
- * Mayor de 16 años o emancipado: Decide el menor
- * En caso anterior si grave riesgo: Padres deben ser informados y oídos.
- * Mayoría de edad para IVE, reproducción asistida y ensayos clínicos.

Destinatario. Estado de inconsciencia:

Pueden darse los casos siguientes: Que la situación permita una demora en la actuación, en cuyo caso se espera a que el paciente recupere la consciencia o se trata de localizar a sus familiares para que tomen la decisión que proceda. Cuando la actuación requiere inmediatez el médico obrará bajo su criterio profesional, amparado en el estado de necesidad. En este sentido se pronuncia la Ley 41/2002 cuando recoge como excepciones a la imposibilidad de actuar sin consentimiento del paciente los casos en los que esperar a tal conformidad podría depararle graves e inmediatos daños en su salud.

Contenido de la Información

Simple: La información ha de ser suficiente, aunque no excesiva.

Clara: Debe de expresarse en términos comprensibles.

Leal: Contendrá la verdad, sin cambiarla ni recortarla.

Continuada: Durante todo el proceso asistencial.

Escrita: Exigible bajo esta forma, es éste un aspecto muy matizable, pues una información escrita, por principio, podría enlentecer e incluso paralizar la práctica clínica diaria. Así la Ley 41/2002 (en su artículo 8.2) establece como regla general la forma verbal para el consentimiento, si bien se prestará bajo forma escrita en los siguientes casos:

- * Intervenciones quirúrgicas
- * Procedimientos invasores
- * Cualquier actuación de notorio riesgo

Alcance.

Riesgos ordinarios y riesgos extraordinarios: La obligación de informar suele entenderse referida a los primeros, entendiendo por tales los concretos del acto o intervención de que se trate y que pueden, a su vez, ser frecuentes o no (sin confundir los riesgos ordinarios, pues, con los frecuentes). Hay que añadir además información sobre los riesgos concretos del medio y del estado del paciente. Cuando se trata de medicina satisfactoria la información habrá de extenderse, también, a los riesgos extraordinarios.

Tratamientos curativos y no curativos: Se dirigen los primeros a la recuperación de la salud. Mientras que los segundos afectan a campos como el de la cirugía estética o las esterilizaciones no terapéuticas, por ejemplo. En los curativos la obligación es de medios, mientras que en los segundos lo es (en términos generales) de resultados y por esta razón en los segundos la información ha de ser exhaustiva y la actuación precisa de diligencia exquisita para no generar responsabilidad en el profesional sanitario.

Contenido del Documento

Podemos considerar, como contenido imprescindible, en los documentos de consentimiento informado, los siguientes elementos:

Identificación del médico y del paciente
Descripción de la actuación clínica
Relato de consecuencias seguras
Descripción de los riesgos típicos
Descripción de riesgos personalizados
Constancias del “enterado” del paciente
Consentimiento subrogado (en su caso)
Mención de la posibilidad de revocación

La Ley 41/2002 añade las contraindicaciones y concreta un interesante principio, cual es el de que el médico responsable deberá de ponderar que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento (escrito) del paciente.

Límites.

Se trata de precisar si el deber de informar tiene carácter absoluto o cede, en determinadas circunstancias, cuando entran en juego bienes jurídicos de mayor relevancia, como la vida.

Supuestos de Urgencia: Es claro que cuando de la demora en la actuación se puede deparar un perjuicio para el paciente no puede exigirse al médico que se pare a informar a aquel. La clave será, entonces, precisar cuando concurre la situación de urgencia (caracterizada por la concurrencia de un riesgo inminente y grave).

Tratamientos Obligatorios: En estos casos la salud colectiva se considera un bien de mayor valor que la individual y ello origina la exención de la obligación de informar.

Riesgo para la salud pública, en cuyo caso es posible actuar sin el consentimiento del paciente, debiendo de comunicar a la autoridad judicial, en el plazo de 24 horas, el hecho del internamiento si ha tenido lugar (artículo 9 de la Ley 41/2002). La futura regulación de los derechos de los pacientes en Castilla y León recoge (en el caso de enfermos mentales internados) la necesidad de revisar semestralmente tal medida y ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

Renuncia al tratamiento : El derecho a renunciar surge como reverso lógico de la facultad de aceptar un tratamiento. Se reconoce el derecho a negarse a ser

informado en la repetida Ley 41/2002, con la observación (importante) de que tal renuncia ha de constar por escrito.

En supuestos extremos puede suceder que se enfrenten dos derechos: el del paciente a rechazar un tratamiento y el del médico a preservar la salud de aquel, como podemos ver a continuación:

PAUTAS PARA EL PROFESIONAL SANITARIO

➤ El médico no está obligado a aplicar el tratamiento sugerido por el paciente si se considera no indicado, pero el profesional no puede elegir otro diferente sin contar con dicho paciente.

➤ Si el paciente rechaza una prueba que le es necesaria el médico dejará constancia escrita de la negativa y tratará de remover la negativa, pero nunca impondrá la prueba rechazada.

La regla general es aceptar la negativa, como derecho personalísimo que es.

LA RENUNCIA AL TRATAMIENTO

Expresado, como ha quedado, que se trata del lógico reverso del derecho a consentir, vamos a referirnos al concreto caso de la no aceptación de transfusiones de sangre o hemoderivados por los Testigos Cristianos de Jehová.

Existe esta creencia en España al amparo del principio constitucional de respeto a la libertad de creencias, en el contexto de abrumadora mayoría de creyentes de religión católica, inspiradora, por tanto, del sistema de valores y principio imperante en nuestra sociedad.

Los seguidores de la creencia a la que nos venimos refiriendo son habitualmente portadores, junto con su identificación personal, de un documento que contiene la declaración de voluntad de no ser transfundidos, así como la renuncia a la exigibilidad de responsabilidad a los profesionales sanitarios, si de tal negativa se derivase algún perjuicio.

A/ Aspectos que abarca.

La negativa es absoluta para sangre y hemoderivados ajenos al paciente, pero respecto de la del propio paciente es preciso hacer algunas matizaciones. La autotransfusión pueden aceptarla los seguidores de esta creencia siempre que se emplee un equipo en circuito cerrado y que no se almacene sangre. De esta forma no aceptan la recogida preoperatoria y almacenamiento de la propia sangre para su reinfusión posterior.

- ◆ **By pass cardíaco:** Por algunos pacientes se acepta el empleo de la máquina cardiopulmonar, siempre que la bomba no se cebe con fluidos hemáticos y no se almacene sangre durante el proceso.

- ◆ **Hemodiálisis:** Pueden aceptarla bajo las condiciones descritas anteriormente para el by pass.

- ◆ **Sueros:** No están prohibidos, si bien las fracciones menores de sangre (albúminas o inmunoglobulinas) pueden rechazarse. El rechazo es, sin embargo, absoluto para los concentrados de hematíes, leucocitos, plasma o plaquetas y por supuesto para la sangre total.

- ◆ **Trasplantes de órganos.** No se prohíbe de forma específica la introducción en el cuerpo de hueso o tejido procedente de cuerpo ajeno.

B/ Derecho a decidir contra obligación de sanar.

Hay una evidente colisión de intereses entre el paciente, Testigo de Jehová, que antepone sus creencias a la conservación de su vida (si es preciso) y el médico que, en ejercicio de su juramento hipocrático se entiende obligado a preservar aquella.

Interpretar, no obstante, que el médico ha de cumplir aquello incluso contra la voluntad de su paciente es un grave error, que atenta frontalmente contra el derecho a la autonomía del paciente y a su propia dignidad personal.

Pero es que, además, se evidencia como improcedente si lo analizamos desde otro punto de vista: ningún médico impondría a un paciente un tratamiento que de no llevarse a cabo podría costar la vida del segundo (no realizaría, por ejemplo, la amputación de un miembro gangrenado contra la voluntad seria y consciente, de no hacerlo, de su paciente).

Desde el punto de vista de la práctica clínica la solución a la negativa a la transfusión es solicitar del paciente el alta voluntaria. En algunos casos, después, el Testigo de Jehová utiliza medios sanitarios privados libres de transfusión y solicita del Sistema Sanitario Público el reintegro de los gastos ocasionados. La tendencia jurisprudencial, en estos casos, es prácticamente unánime en la negativa al reembolso.

C/ Menores e inconscientes.

La decisión han de tomarla sus representantes legales, si bien hay que destacar que no es aceptable una decisión en perjuicio de los representados y respecto de la cual no puede invocarse el ejercicio de la patria potestad o guarda legal. El médico, en estos casos puede actuar desoyendo la negativa de transfundir, si bien es prudente ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial.

D/ Conclusión.

Conforme a la tesis intervencionista el derecho (¿obligación?) a la vida prima sobre la libertad de decisión y por ello, siguiendo esta teoría, podría imponerse la transfusión. Piensan sus seguidores que de no actuar el médico, en estos casos, incurriría en omisión del deber de socorro o en auxilio al suicidio.

No hay, sin embargo, un delito de omisión de socorro pues la transfusión no es, en realidad, un socorro en sentido estricto, ya que (aparte de generar riesgos) no hay persona necesitada de socorro, pues el paciente se colocó libre y voluntariamente en la situación de riesgo.

Tampoco hay auxilio al suicidio, pues no hay suicida. El paciente acude al medio sanitario, precisamente, para preservar su vida. Simplemente no quiere vivir a costa de lo que sea y tienen más valor, para él, sus principios que su propia existencia. El médico cumple con su obligación asistencial con ofrecer un tratamiento e informar de los riesgos de no aceptarlo; su función de garante de la salud de ese paciente no le demanda nada más.

LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

Su significado

El artículo 11 de la Ley 41/2002 establece que en virtud de los documentos de Instrucciones Previas una persona libre y capaz manifiesta anticipadamente su voluntad para que ésta se conozca y se cumpla, cuando llegue a situaciones en las que no pueda expresarla y en relación al tratamiento de su salud (en vida) o sobre el destino de su cuerpo o sus órganos (una vez fallecida). Reconoce este precepto, además, la posibilidad de designar un representante como interlocutor con el medio sanitario.

Este documento, también llamado de Voluntades Anticipadas o Testamento Vital, tiene un antecedente en nuestro medio cultural en el Convenio de Oviedo y en el mundo anglosajón en las llamadas Directivas Anticipadas.

Se trata de un producto inserto en la autonomía y libre determinación del individuo, hoy con una amplitud de posibilidades que supone una reacción al llamado *imperativo tecnológico* (aplicación, por principio, de todos los medios científicos al paciente, aún careciendo de expectativas terapéuticas definidas) antesala posible del ensañamiento terapéutico.

Se citan³³ tres supuestos a los que se pueden dirigir las Instrucciones Previas, por encontrarse alguien en dichas situaciones.

- Urgencia vital: Crisis de peligro mortal e irreversible para una persona
- Incapacidad: Estado en el que se anula la capacidad de decisión
- Post mortem: Destino del propio cuerpo o de sus órganos tras el hecho del fallecimiento.

Formalización

Podría ser suficiente, en realidad, la mera constancia de las Instrucciones en la Historia Clínica. La Ley exige, sin embargo, con evidente

³³ Sánchez Caro y Abellán en su obra sobre Derechos de los Pacientes.

finalidad garantista, su formalización (remitiéndose para ello a lo que puedan establecer las normativas autonómicas) y su inscripción en un registro nacional³⁴, sin perjuicio de los que puedan existir en otros ámbitos territoriales.

Suelen reconocerse dos posibilidades de formalización:

- ✓ Ante notario
- ✓ Ante testigos

Respecto de esta última variedad se exige que estas personas, mayores de edad, no tengan relación (parental o económica) con el declarante.

La Ley 8/2003 de Castilla y León acoge otra posibilidad más que consiste en manifestar la voluntad ante personal de la Administración, en la forma que reglamentariamente se establezca (dice).

Límites

No es posible aplicar Instrucciones Previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* o a los deseos manifestados por el interesado emisor de aquellas.

El límite más llamativo se puede dar cuando el declarante solicite actuaciones contrarias al Código Penal (un auxilio al suicidio, por ejemplo). Puede ocurrir, también, que lo pedido sean acciones contra la *lex artis* o las prácticas clínicas adecuadas.

Es imaginable que la evolución del estado de la ciencia haga imposible determinado grado de previsión del interesado para cuando hayan de aplicarse las Instrucciones.

Hay que dejar constancia de que una vez firmadas las II.PP. la voluntad de la persona que las firmó (capaz y consciente) prevalece siempre sobre ellas. Es decir no queda uno mismo vinculado por las Instrucciones, pudiendo pedir su inaplicación y sin perjuicio de la posibilidad de revocarlas.

³⁴ En el Ministerio de Sanidad y Consumo.

Su relación con la Eutanasia

El Tribunal Constitucional tiene declarada la licitud de disposición sobre la propia vida, pero matizando que esto no supone, en modo alguno, el derecho subjetivo a mover voluntades ajenas encaminándolas a suprimir aquella.. La cita del caso Sanpedro, en estos casos, es de todos conocida.

No puedo, por razones de espacio, detenerme a analizar las distintas modalidades de eutanasia, pero quiero dejar constancia de que la omisión de aquellas atenciones que suponen la prolongación de la vida, en un enfermo agónico e irreversible, no es una actuación ilegal ni contraria a la ética (personalmente creo que se trata de lo contrario). Tampoco es punible la administración de un tratamiento de alivio a un paciente terminal, con insufribles dolores, aún cuando dicha actuación pueda ocasionar indirectamente un acortamiento de su vida. Es perseguible penalmente, sin embargo, la eutanasia activa: el cóctel lítico o la inyección letal y aquí quien nos viene a la mente es el tristemente famoso Doctor Muerte.

En el tratamiento vital no es posible dar acogida a esta última forma de eutanasia, pero sí a las dos anteriores.

No admite la eutanasia ni el ordenamiento jurídico español ni el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la ha rechazado recientemente³⁵. Sí dan acogida a esta figura algunos otros ordenamientos, como el holandés o el belga.

La Ley Autonómica de Castilla y León reconoce el derecho de los pacientes a su propia dignidad, en el proceso previo a la muerte, así como al cumplimiento de sus derechos como enfermos terminales (cuidados paliativos, acompañante, habitación individual...).

Obstáculos para la implantación de las II.PP.

Se citan³⁶, en referencia a los pacientes, las siguientes:

- Recelo a dejar constancia, o siquiera a oír hablar de estos asuntos.

³⁵ Caso Pretty.

³⁶ Por el profesor Sánchez Gonzalez.

- Ausencia de ideas claras y firmes en esta materia.
- Posibilidad de variación, en el tiempo, de estos planteamientos.
- Dificultad de interpretación, llegado el momento, de aplicarlas.
- Desconexión de los representantes de los pacientes, con éstos.

Sánchez Caro y Abellán exponen, no obstante, efectos positivos con su implantación:

- Impresión, en los pacientes, de decidir en aquella futura situación.
- Alivio, para los médicos, de actuar, en situaciones difíciles, conforme a la voluntad del interesado.
- Confianza de los familiares del respeto a la voluntad del declarante.
- Fortalecimiento del respeto a la autodeterminación.

Incumplimiento de las Instrucciones

Es posible, conceptualmente, que esto ocurra y la Ley 41/2002 remite, en su caso, al Régimen sancionador de la Ley General de Sanidad.

Puede concebirse el supuesto de un ensañamiento terapéutico contra la voluntad manifestada del interesado en un documento de Instrucciones Previas, en cuyo caso el profesional incurriría, por otra parte, en responsabilidad civil (por daños morales) o disciplinaria (por infracción, en su caso, de deberes profesionales).

Parece difícil imaginar, no obstante, la responsabilidad del profesional por este incumplimiento, pues no debe de producir la muerte, precisamente, la inobservancia misma; y si esto ocurre la causa será, normalmente, el padecimiento del interesado y no la inaplicación de su voluntad.

LA MEDICINA DEFENSIVA

Al médico se le condena por no hacer o por hacerlo mal y ello bajo criterios de responsabilidad muchas veces objetiva. Esto provoca en el profesional una reacción defensiva, que se conoce con la denominación expresada y que puede manifestarse de forma activa u omisiva.

- Por acción: Supone una ampliación de las pruebas diagnósticas orientadas a la detección de una patología, (aún cuando desde el punto de vista clínico no sean totalmente necesarias), con el objeto de reducir al mínimo el margen de error (y de riesgo).
- Por omisión: Cuando para no asumir riesgos profesionales no se agotan las posibilidades terapéuticas en el paciente, ante la mínima duda o peligro.

Esta práctica, en cualquiera de las dos formas, no sólo quiebra códigos éticos y deontológicos, sino también obligaciones de índole legal al suponer un defectuoso cumplimiento de la función asistencial.

Perjudica a todos los sujetos de la relación sanitaria: al paciente por el hecho de someterle a riesgos y molestias innecesarios; al Sistema Sanitario por ocasionarle unos gastos indebidos (en la medicina defensiva activa) y al propio profesional por colocarle en riesgo de ser demandado.

LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA SANITARIA

Para que el objetor no incurra en conducta antijurídica, es preciso que la objeción tenga reconocimiento a través de una norma jurídica. Este es el caso, en nuestro Derecho, mediante la inclusión en el texto constitucional de su artículo 16, situando a la objeción en el seno de la libertad de conciencia.

Este precepto es de aplicación directa a cualquier campo y en este sentido no es necesario, por ejemplo, que la Ley del Aborto contenga una explícita referencia a la posibilidad de objeción para que ésta pueda ser ejercida y en tal sentido se pronunció, en su día, el Tribunal Constitucional.

La única regulación concreta sobre objeción de conciencia sanitaria en España se recoge respecto de los centros sanitarios acreditados para la práctica de abortos

legales, en lo relativo a la obligación del médico objetor de comunicar tal condición a la interesada.

A/ Quien puede acogerse a la objeción.

El planteamiento de ésta origina un conflicto de intereses (particularmente en el caso del aborto) entre la voluntad de la Administración de facilitar tal prestación pública y la conciencia del médico que le impide colaborar a ello.

En tal conflicto la Administración ha de respetar el derecho constitucional del médico a objetar, pero además está obligada a adaptar el servicio sanitario a las condiciones del objetor, al que ha de ofrecer alternativas ocupacionales.

Sólo pueden acogerse a la objeción los profesionales directamente relacionados con el acto objetado (médico que ha de aplicar el preparado letal, farmacéutico que ha de elaborarlo, o auxiliar sanitario que pudiera ejecutar materialmente la acción). no parece, sin embargo, admisible la objeción planteada por quien carece de acción directa en el proceso (celador que lleva la camilla al quirófano o mecánico que prepara el área quirúrgica). No es admisible, desde luego, respecto del director de un centro sanitario público, que está obligado a dispensar (por tal carácter del centro) todas las prestaciones para las que técnicamente se encuentre capacitado.

B/ Formas de declarar la objeción.

No existe una forma concreta de expresarla, si bien por seguridad jurídica es precisa la comunicación, de la decisión de objetar, a la Administración por parte del profesional, para que aquella pueda reajustar la asistencia.

La objeción al igual que puede ser manifestada en cualquier momento, puede ser de igual forma revocada.

C/ Relación con el aborto.

La Administración hizo, en su día, (ante la colisión de intereses a que antes nos referíamos) una consulta a los médicos para que manifestasen aquellos que lo desearan su condición de objetores, en relación con el aborto. El Consejo General de Médicos se declaró, no obstante, en contra de que los facultativos se posicionaran

respecto de tal asunto, por entender que de hacerlo quedaría violentado su derecho a la intimidad de sus convicciones.

El código Deontológico Médico recoge la posibilidad del profesional de acogerse a la objeción, pero también la irresponsabilidad del médico que actúe en prácticas abortivas dentro de los supuestos legales. En el primer caso establece la obligación del facultativo de informar al paciente y de respetar la libertad de éste para acudir a otro facultativo.

D/ Respecto de la eutanasia.

La objeción, en este supuesto, puede fundamentarse en:

- ◆ La obligación general del médico de respetar y prolongar la vida de sus pacientes.
- ◆ El derecho del facultativo a no actuar cuando sea solicitado por un paciente a ayudarlo en su decisión de no prolongar su vida, e incluso de acortarla.

Reconocida la posibilidad de que el médico objeto surge, en estos casos, el problema en un terreno impensado hasta hace algunos años y es el que supone fijar cuándo se actúa sobre un moribundo o cuándo se está haciendo sobre un cadáver.

El problema no es otro que el de definir legalmente la muerte. siendo ésta un proceso de destrucción celular progresivo, lo que interesa no es cuándo se completa este proceso (como podría parecer) sino cuándo se hace irreversible, es decir cuándo aparece el punto sin retorno.

Hasta hace algún tiempo el criterio era el de la parada cardiorrespiratoria, pero hoy ya es posible mantener esa función en un cuerpo técnicamente calificado de cadáver. Por ello hay que acudir a otro criterio que actualmente no es otro que el del cese de las funciones cerebrales o encefálicas. Hasta ese momento, pues, se actúa sobre una persona y pasado el mismo sobre un cadáver. Bajo este planteamiento el retirar medios artificiales de subsistencia (un respirador, por ejemplo) a quien se encuentra en el llamado silencio eléctrico cerebral ya no es un acto eutanásico.

EL ASEGURAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD

Por la mecánica del seguro el coste de la responsabilidad del asegurado (por un daño que cause a un tercero) se desplaza al asegurador mediante el pago de la prima. Esto ocurre en los seguros privados de índole personal (automóvil) y en los profesionales.

En este terreno concurren los seguros privados, suscritos por los profesionales, con los que ahora suscriben las distintas Administraciones Sanitarias con motivo del incremento de las reclamaciones, la judicialización de la responsabilidad y el elevado coste de las indemnizaciones.

A/ Cobertura actual.

No son, sin embargo, los dos aludidos sistemas los únicos instrumentos para lograr una cobertura económica de la responsabilidad y así el aseguramiento puede obtenerse a través de:

Pólizas individuales
Colegios profesionales
Centros sanitarios
Administración Pública

Las pólizas que se suscriben, es necesario precisar, son de responsabilidad civil y no patrimonial, con las lógicas diferencias al sustentarse la primera sobre la idea de culpa y excluirse, por tanto, de indemnización aquellos casos en los que dicha culpa no concurre.

La póliza no interfiere la responsabilidad de la Administración que analiza y resuelve un caso en el que es demandada, declarando, en su caso, la responsabilidad en la que incurrió. Otra cosa es que desplace el pago del siniestro a la aseguradora. Lo que se transfiere, en definitiva, no es la responsabilidad sino sus resultados económicos.

B/ Aseguramiento privado.

El profesional que se decida por esta opción deberá de buscar una aseguradora que le preste un asesoramiento claro y eficaz, con una base, naturalmente, de solvencia económica acreditada.

Una vez elegida la compañía habrá de perfilarse el seguro personal atendiendo a

:

- Ajustar el seguro a la situación propia
- Evitar duplicidad de costes y coberturas
- Analizar la posible coordinación con otras coberturas

Para ello en la oferta de la aseguradora deberá de analizar:

- La cobertura temporal
- Exclusividad en la cobertura
- Existencia, o no, de franquicia y su cuantía
- Topes indemnizatorios

El primer extremo ha de analizarse cuidadosamente, para que, considerando la cobertura anterior, no se dejen períodos sin cubrir ni se pague dos veces un mismo período superpuesto. También es importante la cuestión de los topes, examinando sus diferentes variantes (por año, por víctima o por siniestro).

C/ Régimen de concurrencia.

La situación de concurrencia de las pólizas privadas con las públicas, en un principio, era bajo el régimen de subsidiariedad. Es decir que actuaba primero el seguro privado y en su defecto (o por el exceso) se aplicaba el seguro público.

Actualmente el sistema de concurrencia funciona bajo el principio de complementariedad, conforme al cual el seguro privado cubre aquellas áreas a las que el seguro público no alcanza. Ello ha traído el lógico abaratamiento de las primas.

D/ Aseguramiento público.

Alcanza esta cobertura a los aspectos siguientes:

- Responsabilidad profesional: Por el desempeño de la actividad de tal índole del personal dependiente de la Administración Sanitaria aseguradora.
- Responsabilidad de explotación: Deriva de la titularidad de los edificios e instalaciones y de los daños que de ello (distintos de los propiamente asistenciales) puedan derivarse, como la caída de una cornisa, por ejemplo.

- Responsabilidad empresarial: Se refiere a la siniestralidad que afecta al propio personal dependiente de la Administración, en este caso como perjudicados.

La causa más frecuente de reclamación es el fallecimiento y las especialidades más reclamadas son Medicina General, Traumatología y Ginecología – Obstetricia, quedando (contra lo que pudiera parecer) Anestesiología o Cirugía General con tan sólo el 1 y el 3 por ciento de las reclamaciones.

E/ El Seguro Sueco.

Se trata de un instrumento de amplísima cobertura para casos de culpa o negligencia y responde a estas características:

- Voluntariedad de uso para los particulares, que pueden acudir, si lo desean, a los tribunales.
- Presunción general de culpabilidad en la producción del daño para el medio sanitario.
- Exención de probar la concurrencia de dolo, culpa o negligencia graves en la producción de la lesión, si bien es necesario probar el nexo causal.
- Actuar conforme a protocolos no genera indemnización en ningún caso, aunque se haya ocasionado daño y se demostrase que de haberse apartado del protocolo no hubiera sobrevenido el daño.
- Las únicas infecciones indemnizables son las externas, nunca las producidas por bacterias que portaba el propio paciente.

Tiene este seguro la clara ventaja de evitar la personalización al buscar un responsable, pues basta con probar, como ha quedado dicho, el nexo causal.

Este sistema con un coste, vía impuestos, de unas 800 pesetas por ciudadano y año tiene en Suecia una amplísima extensión, pues a los hospitales públicos se han ido añadiendo los privados, así como clínicas y ciertos profesionales sanitarios, de tal modo que apenas quedan ya fuera ya más que los hospitales militares.

RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL PERSONAL ESTATUTARIO

Es preciso, de entrada, destacar la novedosa situación actual, netamente diferenciada de una época anterior en la que estuvieron vigentes los tres Estatutos de Personal (Médicos, Sanitarios no Facultativos y No Sanitarios). En estas normas, preconstitucionales, se contenía una regulación diferenciada de la materia disciplinaria para cada una de las tres categorías señaladas de personal. Faltas y sanciones eran recogidas de forma diferente, corriendo igual suerte las tramitaciones procedimentales. Actualmente, desde la vigencia del Estatuto Marco del Personal Estatutario, por Ley 55/2003, de 16 de Diciembre, se encuentra unificada la materia disciplinaria con un tratamiento igualitario para todo el personal de dicha adscripción. Siguiendo, básicamente, esa norma se exponen a continuación los rasgos más importantes de la citada materia.

LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO DISCIPLINARIO

El afinamiento de las técnicas jurídico disciplinarias no es sólo una medida de agresión al incumplidor, sino más todavía y fundamentalmente una medida de protección al cumplidor, como expone el profesor Nieto.

Surge el Derecho Disciplinario cuando el Príncipe perdió la potestad de cesar libremente a sus servidores y se entregaba a los funcionarios un nombramiento; los que hizo necesarias unas normas y un procedimiento para relevarles de su función.

Se ha tratado de vincular esta rama jurídica a otras preexistentes, como el Derecho Civil o el Penal. Respecto del primero no es posible debido a la ausencia de igualdad entre las partes existentes en la relación (posición preeminente de la Administración respecto de los ciudadanos). En cuanto al segundo se encuentra realmente muy próximo al Derecho Disciplinario, pues al carecer éste de parte general utiliza la del Derecho Penal, fundamentalmente sus principios básicos, como veremos más adelante.

La realidad es que esta disciplina se incluye en el seno del Derecho Administrativo, al lado de la potestad sancionadora. Esta última alcanza a cualquier ciudadano, mientras que la disciplinaria es la que aplica la Administración pública a sus trabajadores en cuanto tales. El personal al servicio de aquella, por tanto, se encuentra sometido a ambas potestades.

PERSONAL A QUIEN SE APLICA

El citado Estatuto Marco, en su artículo 2, declara aplicable el mismo al *personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las comunidades autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado.*

Es importante destacar que a continuación declara que en lo no previsto en el Estatuto Marco o en otras disposiciones se aplicarán al personal estatutario *las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente.*

Clasifica este personal en razón a tres criterios: la función desempeñada, el nivel del título exigido para su ingreso y el tipo de su nombramiento.

- Por la función desempeñada puede tratarse de alguna de las siguientes clases:

Personal Sanitario

Personal de Gestión y Servicios

- Por el nivel de titulación

Personal de formación universitaria: Licenciados y Diplomados

Personal de formación profesional: Técnicos Superiores y Técnicos

Otro personal: Certificado: ESO o título equivalente

- Por el tipo de nombramiento

Personal Fijo

Personal Temporal: Nombramientos interinos, eventuales o de sustitución.

PRINCIPIOS DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA

El Estatuto recoge los siguientes:

□ **Tipicidad:** exige la previa delimitación de las conductas sancionables, no pudiendo calificarse de faltas aquellas conductas que no estén prefijadas como tales.

□ **Eficacia:** En relación al principio general de eficacia administrativa supone que este régimen persigue la obtención de los fines que le son naturales. Velar por el adecuado cumplimiento de los profesionales y obtener en los casos en que no ocurra así la respuesta correcta del Derecho

□ **Proporcionalidad:** La Ley se refiere a ella exclusivamente al hablar de la necesaria adecuación entre infracción cometida y sanción que le corresponda. De esta forma no es posible imponer sanciones graves por faltas leves, pero tampoco que pueda aplicarse una sanción en su grado máximo sin circunstancias objetivas que lo demanden.

Aunque el Estatuto no menciona otros principios generales del régimen disciplinario, hay que hacer mención de otros que le son aplicables, extraíbles del régimen disciplinario general del personal funcionario, en razón a la remisión antes mencionada.

□ **De Legalidad:** No es posible la existencia de infracción administrativa o de sanción sin la previa existencia de una norma jurídica reguladora de tales materias. Es un principio básico de seguridad y garantía jurídica, junto con el principio de tipicidad.

□ **Culpabilidad:** Se ha ido abandonando el criterio objetivista y es creciente la exigencia de que concurren dolo o culpa en el autor para que la conducta sea sancionable.

□ **Presunción de inocencia:** Supone que la Administración, en la persona del instructor, está obligada a las averiguaciones precisas para esclarecer los hechos y encontrar el culpable, si lo hay. Dicho de otra forma tiene la carga de la prueba. Este principio impide el aplicar como acusaciones probadas lo que son simples presunciones o conjeturas, por muy fundadas que estén. Se manifiesta, de otra forma, mediante la no ejecutividad de las resoluciones mientras que no alcanzan firmeza, es decir hasta el agotamiento de la vía administrativa.

□ **No indefensión del interesado:** Concurre ésta cuando se le impide al interesado ejercer los medios conducentes a su defensa. Cuando por algún vicio del procedimiento, o trámite defectuoso, se incurra en ello la sanción para la

Administración que ha actuado mal es la nulidad de lo actuado, como garantía para el expedientado.

□ **Prescripción** de la responsabilidad. Se fundamenta en la necesaria seguridad jurídica de no estar siempre pendiente de las resultas de una infracción. Es imprescindible apuntar que las diligencias previas (o la información reservada) anteriores al expediente no interrumpen la prescripción, con el peligro que ello supone de deslizamiento de plazos.

□ **Non bis in idem**: Es un principio clásico en el derecho disciplinario y admite dos variantes

Duplicidad de condenas: Se prohíbe que un mismo hecho pueda ser sancionado dos veces, en la esfera administrativa y en la penal cuando concurren idénticos sujetos, hechos y circunstancias. No es posible esta duplicidad, excepto que la sanción administrativa tenga lugar en el seno de una relación jurídica de especial sujeción. Este es el caso del personal sanitario público y la razón de esta posibilidad (según el Tribunal Supremo) es que, en este caso, cuando se sanciona en vía disciplinaria se está protegiendo otro interés diferente del que motivó la sanción penal anterior. Potestad de dirección en el primer caso y protección social en el segundo.

Duplicidad de procedimientos: El procedimiento administrativo es independiente del penal que, por los mismos hechos y autor pudiera instruirse y así puede el primero incoarse sin esperar al término del segundo. Pero si el proceso administrativo se encuentra ya en curso cuando se abren las diligencias penales ¿Ha de esperarse a la sentencia penal, o puede continuarse? Aunque, salvo supuestos especiales, puede continuarse y la decisión judicial no vincula a la autoridad administrativa, parece prudente esperar, por el respeto a los hechos probados (que fijará la sentencia penal) al menos hasta que se emita.

LAS FALTAS

Al igual que ocurría en los Estatutos anteriores la clasificación se hace actualmente en los mismos tres niveles de gravedad, si bien de forma indiferenciada para todas las clases de personal. Sirvan como ejemplo algunas significativas de las recogidas en el artículo 72:

- **Muy Graves**

- Quebranto de la reserva debida a los pacientes o al centro
- Abandono del servicio
- Notorio incumplimiento de funciones o de órdenes recibidas
- Incumplimiento de servicios esenciales en caso de huelga
- Mantenimiento en situación de incompatibilidad
- Obtener compensaciones de los proveedores de la institución

- **Graves**

- Falta de obediencia a superiores
- Abuso de autoridad
- Acoso sexual, con humillación u hostilidad
- Falta de rendimiento en el servicio
- Faltas injustificadas de asistencia por más de 3 días continuados
- Aceptación de cualquier contraprestación de los usuarios de los servicios

- **Leves**

- Incumplimiento injustificado jornada u horario, que no constituya falta grave
- Incorrección con superiores, compañeros, subordinados o usuarios
- Descuido o negligencia en el desempeño cuando no cause perjuicio

Prescripción de las faltas: Lo hace a los 4 años, 2 años o 6 meses desde su comisión, respectivamente las muy graves, graves o leves. El plazo de prescripción se interrumpe por la notificación de incoación del expediente disciplinario.

LAS SANCIONES

Recoge el Estatuto Marco cinco diferentes, si bien precisa que en el desarrollo autonómico que pueda hacerse de esta materia pueden incorporarse otras.

- ✓ **Separación del servicio**

Comporta la pérdida de la condición de personal estatutario y sólo puede imponerse por la comisión de faltas muy graves. Trae consigo, además, la prohibición

de prestar servicios temporales como personal vinculado a organismos públicos y concurrir a las pruebas selectivas de personal estatutario fijo

✓ **Traslado forzoso**

Supone el cambio de localidad, con prohibición de participar en procesos de movilidad hasta por cuatro años. El traslado no origina indemnización y sólo puede aplicarse por faltas muy graves.

✓ **Suspensión de funciones**

Puede durar de dos a seis años si se impone por faltas muy graves o hasta un máximo de dos si sanciona faltas graves. En este caso se mantiene el destino en sanciones de duración igual o inferior a seis meses.

✓ **Traslado forzoso a otra institución o centro, sin cambio de localidad**

Trae consigo la prohibición de participar, por un máximo de dos años, en procesos de movilidad con el objeto de retornar al centro de procedencia. Sólo puede aplicarse por faltas graves.

✓ **Apercibimiento**

Siempre ha de tener carácter escrito y proceder de la comisión de faltas leves

Prescripción de las Sanciones: En forma paralela a las faltas los plazos son de cuatro años para las sanciones muy graves, dos para las graves y seis meses para las leves. Comienza a contar el plazo prescriptorio desde la firmeza de la resolución sancionadora o desde el quebrantamiento del cumplimiento ya comenzado de una sanción. Se interrumpe cuando, con conocimiento del interesado, se inicie el procedimiento de ejecución de la sanción impuesta.

Anotación de las Sanciones: Las que devengan firmes se inscribirán en el expediente personal, cancelándose la anotación de oficio en los siguientes plazos, contados desde el cumplimiento de la sanción: cuatro años, dos años y seis meses para sanciones por faltas, respectivamente, muy graves, graves y leves. Es importante destacar que una anotación que haya sido cancelada nunca puede tenerse en cuenta a efectos de reincidencia.

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Motivo del mismo

El procedimiento es el cauce en el cual se van a ir situando todas las actuaciones del expediente disciplinario, pero a la vez y sobre todo cumple la función de garantía de observancia de cuantos extremos hayan de ser tenidos en cuenta. Es el instrumento de seguridad jurídica de las actuaciones.

Por esta razón es preceptivo el seguimiento del mismo en aquellos casos en los que se valore la posibilidad de aplicar sanciones de importancia al expedientado. La ley requiere que se tramite siempre procedimiento disciplinario en los casos de imputación de faltas graves y muy graves. No es preciso en los casos de faltas leves, si bien no puede prescindirse, en estos casos, del trámite de audiencia al interesado; con el evidente objetivo de que no se produzca indefensión del mismo.

Principios a los que ha de ceñirse

Cualquiera que sea el órgano instructor y el ámbito geográfico en el que éste actúe ha de ajustar el procedimiento a los principios siguientes:

- Celeridad: Tramitar sin demora y procurando la inmediatez entre la falta y la aplicación de la sanción que se declare procedente
- Inmediatez: Acceso por parte de los órganos de actuación a cuantos medios de valoración o prueba hayan de conformar la resolución del procedimiento.
- Economía procesal: Reducción de los trámites al número mínimo necesario que, sin peligro del debido conocimiento y valoración de los extremos necesarios para resolver, evite demoras innecesarias y tramitaciones prescindibles.

Derechos garantizados al expedientado

- Presunción de inocencia.
- Ser notificado del nombramiento de instructor y secretario y de la posibilidad de recusarlos.
- Ser notificado de los hechos que se le imputan, de la infracción que suponen y de la sanción que pueden llevar aparejada.

- ❑ Ser notificado, en su caso, de la resolución sancionadora.
- ❑ Poder presentar alegaciones, en cualquier fase del procedimiento.
- ❑ Proponer aquellas pruebas que considere oportunas para el esclarecimiento de los hechos.
- ❑ Ser asesorado y asistido por letrado o por representantes sindicales, si lo desea.

Medidas provisionales

Tienen por objeto el evitar que el expedientado pueda continuar en situación en la que el perjuicio causado con su conducta persista durante la tramitación del expediente. De esta forma, en los casos de imputación de falta grave o muy grave (o de un expediente en sede judicial) podrá acordarse, mediante resolución motivada, la suspensión de funciones del expedientado.

Tiene el límite temporal ordinario de seis meses durante el cual el interesado, con carácter general, percibirá las retribuciones básicas, que pueden suprimirse en caso de incomparecencia en el procedimiento.

Los períodos de suspensión son computables en caso de sanción de separación del servicio o suspensión de funciones. Si no finaliza con estas sanciones habrá de reintegrar al interesado las cantidades dejadas de percibir.

Desarrollo de las tramitaciones

1.- INICIO DE LAS ACTUACIONES:

La autoridad administrativa puede ordenar la práctica de una información previa al expediente, con el objeto de precisar si hay elemento suficientes para abrir el expediente disciplinario, o no. La orden de incoar no es recurrible y puede darse de oficio, por una denuncia o con motivo de una orden de un órgano superior.

Cuando la orden tenga este último motivo, habrá de acompañarse a la misma una descripción detallada de hechos y circunstancias. El mismo órgano que emite la orden de incoación nombrará Instructor y Secretario del expediente, los cuales (recibida la orden y sus nombramientos) acusarán recibo y manifestarán si están incurso en alguna causa de abstención.

Si el inculpado ejerce cargo sindical representativo es preciso dar cuenta al órgano sindical correspondiente.

2.- MEDIDAS CAUTELARES:

La suspensión, cuando se acuerde, habrá de ser razonada y necesaria (en interpretación restrictiva). Ha sido mencionada anteriormente.

3.- PLIEGO DE CARGOS:

Elaborado por el Instructor supone una valoración del caso (hechos, autor y circunstancias). Se formulará por aquel el pliego al inculpado y se lo pondrá de manifiesto, junto con el expediente, para que el inculpado formule alegaciones o proponga pruebas.

Este trámite es el de mayor importancia, por suponer la base inamovible de la acusación y el fundamento de la defensa del expedientado.. La imputación es, todavía, sólo de hechos (sin calificación jurídica) que no pueden ser ya variados hasta la resolución, de tal modo que si apareciesen hechos nuevos, una vez formulado el pliego, hay que hacer otro nuevo antes de la fase de enjuiciamiento.

El término “poner de manifiesto” debe de interpretarse como poner a disposición: examinar o facilitar copia. El interesado puede elaborar, en su defensa, un pliego de descargo, tratando de rebatir, precisamente, los cargos de la Administración contra él.

Hecho esto y practicada, en su caso, la prueba se formulará el enjuiciamiento.

4.- ENJUICIAMIENTO Y PROPUESTA DE RESOLUCION:

Supone, al fin, la calificación jurídica de los hechos tras el debate cargo – descargo. Este trámite ni es recurrible por el interesado ni es vinculante para el órgano que ha de resolver. La estructura de este documento es formalista: Resultandos y Considerandos o Fundamentos de Hecho y de Derecho.

Cabe formular alegaciones a la propuesta de resolución y una vez recibidas éstas, o pasado el plazo sin ello, el instructor remitirá el expediente a la autoridad que ordenó la incoación.

5.- LA PRUEBA:

Su momento de práctica es antes de formular el enjuiciamiento (valoración y calificación jurídica), si bien, en realidad, hay tres momentos probatorios.

- De oficio: Antes de formular el Pliego de Cargos
- De oficio: Después del Pliego de Descargos
- A instancia del interesado: Después del P. de Descargos

En todos los casos el inculpado debe de presenciar la prueba o al menos conocer su resultado, permitiéndole alegaciones por un elemental sentido de defensa y seguridad jurídica.

Si la prueba la solicita el interesado el Instructor puede rechazarla, mediante resolución motivada y notificada al interesado, que no es recurrible al ser un acto de mero trámite.

Es admisible cualquier medio de prueba válido en Derecho: Confesión del expedientado, inspección personal del Instructor, prueba documental, pericial o testifical.

6.- LA NOTIFICACION:

Supone el dar conocimiento al interesado del acto administrativo y de sus medios de impugnación. Para la Administración la finalidad es dejar constancia del hecho de la comunicación y de su fecha. Deben de notificarse siempre las siguientes actuaciones:

- Acuerdo de apertura e identidad de Instructor y Secretario
- Constitución de órgano instructor e inicio de actuaciones
- Comunicación, si procede, al órgano de representación sindical
- Pliego de cargos y puesta de manifiesto del expediente
- Propuesta de resolución
- Resolución motivada denegando, en su caso, la prueba
- Aceptación de la prueba, si procede, y comunicación de práctica

La notificación habrá de contener el texto íntegro del acto, con indicación de si es definitivo, o no, en vía administrativa y la mención de los recursos que pueden interponerse, ante qué órgano y en que plazo.

Todos los actos mencionados son irrecurribles, pero no en absoluto, sino que para recurrir ha de esperarse a la resolución final y recurrirlos junto con ésta.

La forma habitual de notificación es el aviso de recibo al domicilio del interesado, que puede ser recogido por aquel o por cualquier otra persona que allí se identifique. Cuando se entregue en el centro de trabajo es preciso cuidar la confidencialidad (entrega en sobre cerrado). En todo caso se hará mención, en la tarjeta de aviso de recibo, del acto que se notifica, número de expediente y folios que lo integran.

Si el interesado se niega a recibir la notificación se hará diligencia de tal negativa en el expediente y si no se lograse la notificación de ninguna forma, puede hacerse mediante el tablón de anuncios del Ayuntamiento o en Boletines Oficiales.

Es preciso, para concluir, mencionar que las notificaciones defectuosas se convalidan cuando el interesado se da por enterado. Así cuando protesta por haber recibido una notificación por correo ordinario, está dando a aquella plena validez al manifestar haberla recibido.

RETROACCION DE EXPEDIENTES

Supone el hecho de que el interesado encuentre un defecto formal en el expediente, que haga a la Administración anular el trámite correspondiente y reponer su práctica. Los motivos más habituales son los siguientes:

- Pliego de cargos: No haberlo formulado o haberlo hecho de forma defectuosa (no hay imputaciones concretas o no se detallan debidamente las circunstancias).
- Prueba: No se realizó cuando fue preciso o se hizo de forma deficiente.
- Comunicaciones e informes preceptivos: Faltan, en el primer caso, respecto de los órganos de representación o no figura el preceptivo del Colegio Oficial correspondiente.
- Defectos formales en la notificación: De cualquiera de los actos administrativos sujetos a tal trámite.

EXPOSICION PREVIA

La actuación del médico puede ser objeto, ocasionalmente, de reprobación por distintos motivos y así el reproche es posible dirigirlo por diferentes vías: La disciplinaria y la penal, fundamentalmente. En el primer caso será la organización para la que el facultativo presta servicios quien le exija responsabilidad y en el supuesto penal tal responsabilidad se depurará ante un tribunal por imputación del fiscal o de una acusación particular. Estas dos últimas formas pueden ser simultáneas e incluso concurrir junto con la vía disciplinaria.

Hay que dejar precisado, no obstante, que el Derecho Penal es una vía de mínimos; es decir que su utilización conviene sea restringida a los casos de mayor gravedad y alcance social.

Las leyes suelen ser el eco en el Congreso de la valoración social de aquellos asuntos que afectan a la ciudadanía y responden, así, a la importancia que en cada momento merecen. De esta forma el Código Penal vigente (Ley 10/1995) responde a la actual sensibilización social respecto de la práctica asistencial y los llamados errores médicos con un auténtico arsenal de preceptos dedicados a estas cuestiones, aumentando, sin duda, el control legal sobre el ejercicio de la Medicina.

Dedica a esta profesión, el citado cuerpo normativo, nada menos que 33 artículos de forma específica, es decir sin contar los delitos y las faltas que pueden atribuirse al médico de la Sanidad Pública por su condición de funcionario (que penalmente, desde luego, le es atribuible). Es la profesión médica la que, de entre todas las recogidas en el texto legal, merece más exhaustiva atención. Esta atención reviste tonos de rigor en las penas que aplica, pues sumadas todas ellas (en las conductas de los profesionales sanitarios) en su grado máximo totalizan 102 años de prisión, 124 de inhabilitación profesional y varios millones de euros en multas, responsabilidad civil aparte. Voy a darles cuenta del tratamiento de estas cuestiones en el Código vigente, de 1995, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 15/1993 de 25 de Noviembre, con vigencia desde el 1 de Octubre de 2004.

LAS NOVEDADES. CLAROSCURO LEGAL

Es preciso comentar, siquiera brevemente, el tratamiento de algunas figuras que o aparecen de nuevo en este texto actual (los días multa, por ejemplo) o tienen un tratamiento distinto respecto de la anterior redacción normativa (la responsabilidad subsidiaria de la Administración, por ejemplo). Veamos sus figuras concretas:

❖ LA INHABILITACIÓN PROFESIONAL O EL PELIGRO DEL DESEMPLEO

Es en el apartado de las penas en donde aparece una de las novedades más peligrosas del nuevo Código. Concretamente la pena de inhabilitación especial del médico, que puede llegar a hacerle cambiar de profesión. Esta sanción se prevé, generosamente, no ya sólo para los supuestos dolosos, sino también para aquellos otros de imprudencia profesional: tres supuestos por omisión de socorro o seis por imprudencia con resultado de muerte. El médico, en algunos casos, puede llegar a librarse de la prisión pero le acechará el desempleo.

Se han reducido las penas de prisión, en términos generales, en su duración, pero dicho este aserto positivo hay que dejar constancia, no obstante, de que la práctica totalidad de las conductas imprudentes traen consigo la inhabilitación profesional del causante del daño. Cuando tenemos penas de esta índole que alcanzan los seis años, como hemos visto, y las instalamos en un colectivo profesional afectado por un empleo no siempre estable el resultado es alarmante.

No hay que olvidar, por otra parte, que la pena de inhabilitación, en su actual regulación, tiene carácter de principal y no de accesoria, con lo cual aún cuando no se cumpla la pena de prisión (bajo las condiciones que enseguida veremos) habrá de hacerlo el profesional con la de inhabilitación que se le pudiera haber impuesto. De ser accesoria (como ocurría en la anterior regulación) seguiría igual suerte que la principal de prisión (no cumplirse tampoco), cosa que ahora no ocurre al ser ambas independientes.

❖ LAS PENAS LEVES PUEDEN EVITAR EL INGRESO EN PRISION

Se introduce en el Código Penal vigente la atractiva posibilidad de que el condenado a penas de prisión pueda no ingresar en ella. Los requisitos para ello son los siguientes:

- Pena privativa de libertad de duración inferior a dos años.
- Tener el condenado la condición de reo no habitual
- Haber resarcido las consecuencias económicas del hecho dañoso.

La pena carcelaria se puede sustituir, teniendo en cuenta la personalidad del condenado y las circunstancias concurrentes en el delito, por trabajos en beneficio de la comunidad o por multa pecuniaria. En el primer caso cada día de trabajos equivale a un día de prisión y cada dos días de multa a un día, también, de prisión.

En el Código anterior no alcanzaba este beneficio hasta los dos años de condena quedando limitado a uno sólo. Cabe añadir que los delitos derivados de imprudencia es normal que lleven aparejadas estas penas menores y que tales conductas, por otra parte, no generan antecedentes penales.

❖ NO SE CUBRE LA RESPONSABILIDAD POR FALTA: ORDAGO A CHICA

Conforme a la actual redacción del Artículo 121 del Código Penal la Administración Pública responde subsidiariamente en el terreno económico, respecto de las conductas dañosas de sus empleados (siempre que actúen en el desempeño de sus cometidos públicos) sólo en el caso de que aquellos hubieren incurrido en delitos (dolosos o culposos), pero no cuando hubieren cometido faltas, es decir los “pecados veniales” de las conductas ilícitas en el terreno penal.

No puede menos que sorprender el hecho de que queden sin protección las faltas, infracciones de menor entidad y mucho más frecuentes que los delitos y que en el anterior texto penal eran objeto de igual protección. Un leve descuido, una negligencia de escasa entidad son suficientes para que surja esta problemática situación para el profesional.

El precepto referido, aún instalado en una norma de carácter penal, tiene naturaleza civil y rompe el sistema general de responsabilidades de los entes públicos privilegiando, inexplicablemente, a la Administración Pública. Surge este privilegio, precisamente, del perjuicio de las otras dos partes implicadas en un supuesto de responsabilidad penal: el autor causante del daño y el perjudicado por aquel. Es evidente el perjuicio del primero por el hecho de que queda en descubierto y con la única protección personal que su peculio o un aseguramiento, previamente suscrito, le puedan deparar. Respecto del segundo (el perjudicado) debe advertirse que si el Estado no responde (en los supuestos mencionados de falta) y el autor del daño es

total o parcialmente insolvente se obliga al perjudicado a un peregrinaje jurisdiccional dirigido a la obtención del resarcimiento pretendido.

Es cierto que las Administraciones Sanitarias disponen, en su mayoría, de seguros de responsabilidad para atender estos casos, pero puede no ser así, en casos concretos, y la utilización de la vía penal para obtener el resarcimiento es frecuente. Es, en efecto, un recurso jurídico fácil y socorrido pues con solamente obtener del juez una declaración de culpabilidad (aún de mínima intensidad) ya se abre la vía indemnizatoria, sin que sea precisa la previa determinación de prisión para el autor del daño.

Esta sorprendente ausencia de las faltas entre los supuestos causantes de indemnización a cargo de la Administración reclama (en defecto de una reforma legal que las incluya) una interpretación integradora del precepto normativo, en el sentido de entender que acoge la responsabilidad subsidiaria del Estado por cualquier infracción penal, al considerar que utiliza el concreto término “delito” en dicho genérico sentido. Se pronunció siguiendo este criterio el Tribunal Supremo en una sentencia de 11 de Enero de 1997, preconizando una interpretación analógica extensiva del vocablo delito asimilándolo a infracción criminal.

❖ LA LOCALIZACIÓN PERMANENTE. EL PROFESIONAL A BUEN RECAUDO

Otra novedad, esta vez en la reforma del año 2003 del Código Penal, es la introducción de la pena de localización permanente. Supone la obligación del condenado de permanecer en su domicilio (o en el lugar fijado por el juez en la sentencia) por un período máximo de 12 días. Oído el condenado puede autorizarse el cumplimiento de forma fraccionada o durante sábados y domingos.

Resulta evidente el propósito de este nuevo sistema que trata de no contaminar de tinte carcelario a personas ajenas a dicho medio, tratando de que, por otra parte, no se desarraiguen de su dedicación profesional. Coincide esta medida de política penitenciaria, por otra parte, con la de permisos de fin de semana a los reclusos de determinados grados de cumplimiento carcelario.

❖ TRABAJOS EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD

No pudiendo imponerse sin consentimiento del condenado le obligan a realizar acciones no retribuidas de utilidad pública, que podrán consistir en reparar los efectos

del delito o asistir a las víctimas. Se llevan a cabo bajo la supervisión de un Juez de Vigilancia Penitenciaria y tienen sus condiciones legalmente fijadas.

❖ LOS DIAS MULTA. CADA UNO SEGÚN SU BOLSILLO

Es, asimismo, novedosa la forma de prever la pena de multa, mediante el nuevo sistema de días multa. Consiste en la fijación de una cuota (un multiplicador) que el juez fija entre 2 y 400 euros por día (en función de las posibilidades económicas del condenado) que se aplica sobre el tiempo fijado para la sanción, desde 30 días a 10 años. La cuantía tiene como referentes el daño causado o el beneficio obtenido por el condenado. Esta pena es aplicable, en exclusiva, a ciertos delitos: falsedad en certificados médicos, por ejemplo.

Se aleja, con este nuevo sistema, el problema de que las multas lineales (en cantidades iguales para el mismo hecho, cualquiera que sea el condenado) perjudicaban más, evidentemente a los económicamente más débiles pues igual cantidad les suponía mayor daño en su economía.

Nada tiene que ver, evidentemente, con la fijación de las cuantías correspondientes a la indemnización pues ésta tiene como referencia no la capacidad de pago del causante del daño, sino reparar dicho daño bajo criterios de indemnidad: restaurar en igualdad (ni quedarse corto ni exceder el coste del daño).

En caso de incumplimiento del pago de la multa fijada, se produce la responsabilidad personal subsidiaria del condenado. Se cuantifica ésta en un día de privación de libertad por cada dos cuotas de multa no satisfechas. Si la multa se sustituye por trabajos en beneficio de la comunidad la cuantificación es a la par (un día de multa por un día de trabajo).

❖ LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PARA RECLAMAR. UN RESPIRO

Hemos de destacar el significativo avance registrado en lo que respecta a la prescripción de las acciones objeto de reclamación. El anterior plazo de 5 años, durante el cual el perjudicado podía dirigirse al médico para exigirle responsabilidad, queda reducido actualmente a 3 para los casos de menor gravedad (hechos sancionados con menos de 3 años de cárcel, 24 meses de inhabilitación o 2 de multa). Se abarcan, de esta forma, la mayoría de los delitos relacionados con la actividad médica y casi todos los que pueden ser cometidos de forma imprudente (excepto que concurra el resultado de muerte). Es importante, como queda ya apuntado, precisar

que el plazo de prescripción opera de forma ajena a la comisión dolosa o culposa de los hechos.

Supone esta minoración en el plazo disponible para reclamar indudablemente un alivio para el profesional que ve, de esta forma, alejarse la posibilidad de ser reclamado en menos tiempo que en la normativa anterior. La prescripción ha de existir (un elemental principio de seguridad jurídica lo exige) pero evidentemente el acortamiento de los plazos para reclamar juega siempre en beneficio del profesional.

❖ LA NECESIDAD DE UN BAREMO UNIVERSAL

No hay un criterio único a la hora de fijar la valoración de los daños en materia de responsabilidad sanitaria. Las indemnizaciones en las jurisdicciones civil, penal o social han venido siendo determinadas bajo criterios discrecionales por el juzgador en cuantías extremadamente dispares, para casos muy similares, dependiendo de la jurisdicción e incluso del tribunal concreto que valorase el daño. En la jurisdicción contencioso – administrativa actualmente esta cuantificación se hace con cierta uniformidad al aplicarse para ello el Baremo anexo a la Ley 30/1995, que es objeto de actualización periódica de sus importes.

Se fijan, por aquel, los importes indemnizatorios para los daños causados por accidentes de tráfico y ajeno, por tanto, a los derivados de responsabilidad sanitaria. Incluye indemnizaciones por muerte, lesiones, incapacidades o daños morales. La cuantía final se obtiene por aplicación de unas tablas que contienen las indemnizaciones básicas y unos factores personales correctores: edad de la víctima, ingresos que percibía, parentesco con los herederos (en caso de fallecimiento), convivencia anterior con aquellos etc.

La aplicación de este Baremo, por los jueces, de forma vinculante tiene a su favor la objetividad y simplicidad que supone, pero surge, en contra, la dificultad siempre presente de ajustar las cuantías indemnizatorias a las concretas circunstancias del perjudicado por el daño sanitario en su integridad y en aspectos que pueden no estar contenidos en el Baremo.

Algún autor (Fernando Pantaleón) aduce, incluso, que lo que quebranta la igualdad es, precisamente, la propia existencia del Baremo pues éste tiene existencia solamente para los perjudicados por accidentes de tráfico, dejando en libertad a los jueces en el resto de los supuestos en los que el daño proviene de otras causas.

La actual situación, con la inquietud de los profesionales sanitarios por conocer los límites económicos de su actividad, demanda la necesidad de aplicar un Baremo Universal, esto es para cualquier clase de daños. De esta forma el margen de discrecionalidad de cada juez quedaría limitado a la flexibilidad en la aplicación del Baremo Universal. No debemos de olvidar que la seguridad jurídica es un valor primordial en cualquier ordenamiento.

Las indemnizaciones procedentes de responsabilidad sanitaria son compatibles con cualesquiera otras que pudieran derivarse de seguros privados e incluso de pensiones de Seguridad Social, al proceder de relaciones jurídicas diferentes.

El momento de la valoración puede ir referido al de la producción del daño, al de la resolución estimatoria de la indemnización (en vía administrativa o judicial) o incluso al día del pago efectivo de aquella. La Ley 30/1992 fija el momento del daño para determinar la valoración de aquel, si bien, con el objeto de que la indemnización no pierda poder adquisitivo, se prevé su revalorización hasta el momento del pago. Está previsto, incluso, el pago de intereses desde la resolución administrativa hasta el pago de la indemnización, siempre que entre ambas hayan transcurrido más de tres meses.

LAS CONDUCTAS SANCIONABLES

Es preciso poner aquí una nota positiva al nuevo texto del Código Penal, por lo que respecta a su acogida de ciertas acciones delictivas aparecidas con motivo del progreso científico, como algunos usos punibles de la moderna tecnología, delitos contra la salud pública relativos a determinadas sustancias o productos y los usos indebidos de la manipulación genética.

El legislador consciente de la importancia del bien jurídico protegido (la salud e incluso la vida) ha dedicado numerosos tipos penales, como ya he avanzado, a las acciones u omisiones relacionadas con la profesión médica. Voy a exponer seguidamente aquellas figuras más relevantes, como tipos delictivos, en la actual regulación:

◆ DENEGACION DE ASISTENCIA SANITARIA O ABANDONO DEL SERVICIO

El Artículo 196 del actual texto penal castiga al profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare el servicio sanitario, si de estas conductas se derivase peligro grave para la salud de las personas. La pena asignada es de multa de 3 a 12 meses que se agrava (multa de 6 a 12 meses y prisión de 6 meses a 1 año) si el daño sobrevino por accidente causado por quien incurrió en las conductas expuestas e incluso puede llegar a 24 meses de multa y 2 años de prisión y 3 de inhabilitación profesional cuando la causa radica en una imprudencia del autor del daño.

Este precepto, de confusa redacción, tiene prevista en el actual sistema punitivo como forma de ser enjuiciado, para el delito que describe, la actuación del Jurado. Es preciso tener en cuenta la gravedad de las penas asignadas a este delito y las indemnizaciones millonarias que pueden ser asignadas.

Las circunstancias requeridas para la concurrencia de esta figura delictiva son las siguientes:

1.- Que el autor sea un profesional sanitario

Este supuesto es fácil, normalmente, de precisar cuando concurre, debiendo de dejar constancia de que a los efectos del Código Penal no importa la índole de la relación (en propiedad, interino, eventual, funcionario, estatutario, laboral...) que une al profesional con la Administración Sanitaria, sino la existencia del vínculo mismo.

2.- Que se produzca denegación de asistencia o abandono del servicio

Este extremo, por el contrario, es problemático en su determinación. En efecto sólo puede concurrir denegación de asistencia cuando no se preste ésta habiendo obligación positiva de hacerlo. el Código Penal, no obstante, no precisa cuando ha de ser así y hay que acudir a la regulación administrativa para saberlo. De esta forma no hay delito de denegación de asistencia en los casos de huelga legal, pues el ejercicio de este derecho constitucional releva de la obligación de prestar asistencia mientras es ejercitado por el profesional.

No es más fácil valorar la situación de abandono del servicio (segunda conducta punible mencionada) pues el personal ha de encontrarse en la concreta posición de servicio en el momento de producirse la posible conducta delictiva.

La falta de asistencia, cuando no concurre con la situación concreta de prestación de servicio puede integrarse en la figura genérica de la omisión de socorro, pero no es la figura específica que recoge el artículo ahora expuesto. Próximas a estas figuras delictivas podemos situar aquellos casos sumidos en la figura del garante de la asistencia y otras asimiladas, a las que me he referido al tratar las conductas omisivas.

3.- Que se produzca un riesgo grave

Se trata, como es evidente por la mera redacción del precepto, de un delito de riesgo. Es decir para que surja el ilícito no es preciso que llegue a producirse daño alguno, pues si aparece cualquier lesión estaríamos en presencia, además del delito de riesgo, de otro delito de lesiones o de homicidio. según procediera.

El riesgo, eso sí, ha de ser relevante, cualificado, caracterizado por su trascendencia para la salud de la persona que deba de estar amparada por la asistencia.

4.- Que exista consciencia de la existencia del riesgo, por parte del profesional

Ello imposibilita la comisión culposa o negligente caracterizando estas conductas el hecho de que el profesional deniega la asistencia o abandona el servicio a sabiendas del riesgo en el que, con dichas conductas, sitúa a la persona a quien debe la asistencia.

Es, en efecto, un delito doloso y por ello su comisión y condena origina antecedentes penales para su autor, con lo cual si se logra eludir la prisión en una primera condena, en caso de un segundo fallo condenatorio el ingreso en prisión es seguro y ello con independencia de cual sea la condena impuesta en este último.

Si se apura el rigor en la valoración de las conductas de posible inclusión en esta figura delictiva, pueden ser incluidos casos, no sólo de un abandono momentáneo del servicio, sino incluso un incumplimiento horario del profesional y llevar todo esto al terreno penal parece excesivo. No hay que olvidar que el Derecho Penal es lo que se conoce como una vía de mínimos y por ello su aplicación ha de ceñirse a aquellos casos más graves o flagrantes, como el del médico que avisado de un grave percance se desentiende y no acude a prestar la asistencia debida, informado y consciente del grave peligro en el que sitúa al ciudadano que precisa dicha asistencia.

Es preciso dejar constancia de un peligro potencial, de notoria importancia, para el profesional, que deriva de la forma que se prevé para enjuiciar este tipo de

delitos. Se trata de la actuación de los Jurados que, compuestos por ciudadanos legos en Derecho, enjuician a un profesional de la Medicina que, por haber denegado la asistencia o haber abandonado el servicio sanitario a los que estaba obligado, ha puesto en peligro la salud de un ciudadano (como los propios miembros del Jurado). Es preciso volver a mencionar que no es preciso que se produzca daño alguno, bastando con que exista el riesgo.

No es difícil pensar a favor de quien se posicionarán, de entrada, los componentes de dicho órgano juzgador respecto de quienes (por su propia profesionalidad jurídica) parece que no les será fácil que les asistan el rigor, la ponderación y el criterio necesarios para valorar tan complejo delito, en los elementos descritos con anterioridad.

Debemos recordar que no pueden formar parte del Jurado, no sólo profesionales del Derecho, sino también aquellas personas a quienes se les pueda suponer, fundadamente, conocimientos jurídicos por encontrarse en algún punto de la órbita del Derecho. Es muy difícil para el médico, por otra parte, concebir la esperanza de encontrarse, entre los miembros del Jurado, con un colega que pueda comprender y valorar la situación, pues cualquier miembro de dicho órgano puede ser recusado y es fácil pensar que el ciudadano perjudicado (o sus herederos, en su caso) harían uso inmediato de esta instrumento para alejar cualquier sombra de corporativismo en el enjuiciamiento del caso que conoce el Jurado.

Cuenta este órgano en su actuación con el aval que supone la presidencia del mismo por un Magistrado, pero no hay que olvidar que la decisión de los miembros del Jurado versa, nada menos, que sobre la prueba del hecho imputado y la concurrencia de culpabilidad en el profesional.

Está prevista la actuación de este órgano juzgador en el seno de las Audiencias Provinciales y, por tanto, sus decisiones son recurribles ante el Tribunal Supremo y debemos de reconocer que este Tribunal ha venido haciendo demostración de entendimiento y ponderación de las vicisitudes del ejercicio asistencial, lo que aporta algo de tranquilidad a esta inquietante cuestión del enjuiciamiento de esta figura delictiva.

◆ EL SECRETO PROFESIONAL Y SUS IMPRECISOS LIMITES

En su actual redacción el artículo 197 del Código Penal castiga hasta con cuatro años de prisión al profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo

o reserva, divulgue los secretos de otra persona. La multa prevista puede llegar a los 24 meses y la inhabilitación profesional a los seis años.

Penas privativas de libertad y sanciones económicas de igual importancia se prevén para las conductas de apoderarse, utilizar o modificar (sin autorización, en ningún caso) en perjuicio de tercero de datos reservados pertenecientes a otra persona. Las mismas sanciones alcanzan a quien (careciendo igualmente de autorización⁹ simplemente accede a la información a la que se viene haciendo referencia. Estas conductas se sancionan con las penas en su grado máximo cuando la información protegida pertenezca a determinadas materias, entre otras los datos sanitarios o la víctima del quebrantamiento del secreto fuera un menor o un incapaz.

Es evidente el duro trato que el texto penal otorga a estas conductas, mismo texto en el que se rebajaron las condenas a delitos de la máxima gravedad como el homicidio, el asesinato o la violación, respecto de su anterior redacción. Se carece en nuestro país de una valoración del secreto profesional acorde con esta dureza, por una parte y por otra (y esto es mucho más grave) se contienen conductas cuyos límites no están previamente fijados. El profesional desconoce, con la necesaria precisión, a quien, cómo, cuando y donde puede desvelar determinadas informaciones "sensibles". Esta indefinición previa de los límites le coloca en una peligrosa situación y supone, por parte de los poderes públicos, un incumplimiento del artículo 24, 2 de la Constitución.

Llama la atención el hecho de que se considere delito el simple acceso no autorizado a la información y esto en el caso de los datos sanitarios es particularmente grave, pues no está determinado, de forma indubitada, por ejemplo, quien puede acceder a una Historia Clínica. Si a esta inconcreción añadimos el que las Historias se encuentran en los pasillos de los centros sanitarios y que los datos de los pacientes se ubican en archivos informáticos (gestionados a veces, incluso, por empresas externas) la cuestión es más que problemática.

De igual forma se castiga el modificar o alterar los datos en perjuicio de un tercero. Es fácilmente imaginable esta conducta en el facultativo que, denunciado por un ciudadano, introduce extemporáneamente datos nuevos (incluso solamente aclaratorios de lo anotado en su día) con el objeto de garantizar su posición frente a la del reclamante. De descubrirse esta actuación no sería difícil que el profesional fuera inculcado por la figura delictiva que estamos tratando.

◆ FORASTEROS EN SU PROPIA PROFESION: EL INTRUSISMO

Castiga el Artículo 403 del Código Penal a quien ejerce actos propios de una profesión, sin poseer el correspondiente título académico, con multa de 6 a 12 meses.

En el caso, añade, de que la actividad exigiere un título oficial que acredite la capacitación necesaria y habilite legalmente para su ejercicio y en cuya posesión no se estuviera, se atenúa la pena de multa mencionada (con un mínimo de 3 meses y un máximo de 5).

Reviste mayor gravedad si el culpable, además, se atribuye públicamente la cualidad profesional referida, en cuyo caso se le impone prisión de hasta 2 años.

Parece este precepto penal pensado, precisamente, para los médicos pues la situación normativa anterior era mucho más simple: castigaba al que carecía, sin más, de la titulación académica adecuada (estudiante de Derecho que ejercía como abogado, arquitecto técnico que se hacía pasar como superior). Entre los médicos la situación actual es otra habiendo aparecido una pugna entre médicos generales y especialistas y, a su vez, en el seno de estos últimos entre distintas variantes. Una especie de "canibalismo profesional" podríamos decir.

De inmediato nos damos cuenta de la posible inclusión, en estas conductas castigadas, de la situación de los MESTOS, frente a los especialistas formados en el actual sistema. resurge el problema de la contratación de cualquiera de aquellos en el caso de existir, simultáneamente, especialistas adecuados y la eventual responsabilidad penal en la que podría incurrir el contratador. Personalmente descarto la responsabilidad del médico MESTO contratado, quien podría alegar error invencible por el hecho de tener la lógica certeza de que la Administración al contratarle lo hace dentro del marco jurídico establecido.

Concluyo esta figura penal llamando la atención de que bajo un común rótulo que podríamos llamar de la usurpación de funciones existe una esencial distinción:

Ejercer la profesión sin título académico necesario o hacerlo careciendo del título oficial requerido. Este segundo supuesto se refiere a quienes poseyendo titulación no disponen de la específica que el caso requiere y que se obtiene, precisamente, mediante el título oficial correspondiente. A ellos me refería al mencionar la pugna entre especialidades médicas o el ejercer como especialista teniendo la condición de generalista. Podría encuadrarse, en el primer caso, sin más, el ejercer la Medicina sin la titulación básica correspondiente: caso conocido en determinados "sanadores", médicos llamados naturistas sin titulación etc.

◆ DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA: EUTANASIA Y SUICIDIO ASISTIDO

El Código Penal contempla tres actuaciones básicas del personal sanitario, como punibles en el entorno de los enfermos terminales:

1.- Inducir al paciente al suicidio.

2.- Cooperar en la acción suicida con actos necesarios, llegando incluso a ejecutar la muerte.

3.- Iguales conductas, pero bajo sentimiento piadoso su autor, a causa de la enfermedad incurable o padecimientos permanentes y difíciles de soportar del enfermo.

Es destacable que en ninguno de estos supuestos se recogen penas de inhabilitación profesional, si bien las de prisión pueden llegar a los 10 años, en el segundo supuesto mencionado y se rebajan considerablemente (de 6 meses a 3 años) en el supuesto del móvil humanitario.

La conducta suicida, pues, (asistida o no) es el eje de estos tipos penales y respecto de la cual tantas connotaciones se contienen, además, en los órdenes ético o moral.

Dejando aparte la clásica dicotomía (desde el punto de vista del suicida) sobre la intangibilidad o la calidad de la vida, (es decir si la existencia ha de ser vivida, con independencia de su calidad, o no), haré algún comentario acerca de la relación del personal sanitario del entorno de estos enfermos, en relación con el acto suicida.

Aún cuando reconozcamos el poder de disposición del enfermo sobre su propia existencia (y demos validez, por tanto, a una posible renuncia a la misma) el Derecho, sin embargo impone un deber jurídico de actuar en defensa de la vida del suicida y este deber lo exige a particulares y a poderes públicos.

En el concreto caso del facultativo responsable de estos enfermos la situación es especial, pues aquel está investido de la posición de garante y ello conlleva las funciones de custodia y protección del paciente. El problema se encuentra en conciliar ésto con el hecho de que el enfermo ingresó voluntariamente y puede abandonar el centro libremente cuando desee.

El deber de custodia y protección antes referido se ha de hacer efectivo de forma mínima en un enfermo que mantenga íntegra su capacidad de obrar y se habrá de incrementar a medida que sus aptitudes físicas o mentales vayan disminuyendo. Son numerosas las sentencias condenatorias de los tribunales, a la Administración, por el suicidio de enfermos internados en sus instituciones siendo el instrumento

jurídico de esta imputación la culpa in vigilando, particularmente incidente en el caso de los enfermos psiquiátricos.

En otro orden de cosas el enfermo puede buscar la muerte pidiendo conductas omisivas al personal sanitario, solicitando (por ejemplo) la inaplicación de medios extraordinarios de conservación de la vida, para evitar el encarnizamiento terapéutico. Ningún problema se plantea cuando esta decisión la expone el enfermo antes de perder su consciencia, de forma libre y coherente, adquiriendo así pleno valor. Más difícil es considerar esta decisión cuando la manifiestan otras personas, a falta de un testamento vital del enfermo, en cuyo caso se ha de seguir un orden concreto de prioridades: Cónyuge del enfermo, familiares (por orden de parentesco) y allegados. El problema puede residir unas veces en interpretar correctamente este inconcreto término de allegado (el compañero sentimental, un vecino, un compañero de trabajo...) y otras por la aparición de situaciones de conflicto entre los familiares y una persona simplemente allegada pero con una relación personal más intensa (pareja no casada).

Puede pensarse que la eutanasia es un problema nuevo, pero el propio término fue introducido por Bacon y Tomás Moro lo trataba esta cuestión en su "Utopía". En realidad es antiguo pero de renovada actualidad. Es un terreno en el que se pretende dar solución jurídica a un asunto que se adentra en los campos de la Ética, la Moral o la Dentología. La autonomía de la voluntad (libertad en definitiva) es el eje sobre el que pivota este tema y el aborto (supuesto de decisión sobre la vida) tiene ya una legalización casi generalizada y la eutanasia (decisión sobre la muerte) lo está o ha estado en algunos países como Holanda, Australia (estado de Victoria) o los Estados Unidos de América del Norte (Oregón).

La regulación penal, por primera vez, en el Código vigente de 1995, tiene como aspecto destacable el incluir la voluntad del paciente como elemento atenuador de la responsabilidad del agente (petición expresa, seria e inequívoca, dice el Código). Esto no elimina que, en algún caso concreto, pueda haber una solicitud a los poderes públicos de acción conducente a una eutanasia activa, como tiene declarado el Tribunal constitucional (caso Sampedro).

Quiero dejar puntualizado que en algunas ocasiones es difuso el límite entre la infracción por aplicar eutanasia y el quebranto de la *lex artis* por no aplicarla. Es el caso específico de algunos supuestos de eutanasia indirecta, cuando es preciso aplicar algún alivio al paciente que (abocado a una muerte cierta y próxima), sufre dolores inhumanos aún a sabiendas de que este alivio le acortará el resto de vida que

le queda. En este caso la infracción de la lex artis ad hoc podría ser el no administrar el fármaco aliviador.

Tras el análisis concreto de las conductas que preceden quiero concluir este apunte penal expresando que hay figuras delictivas que podemos asociar a determinadas Unidades Clínicas, como podemos ver seguidamente:

■ Urgencias:

Es posible ubicar aquí, de manera evidente, aunque igualmente en otras unidades, el llamado delito de denegación de asistencia o abandono del servicio cuando se esté obligado a prestarlo y de no hacerlo se derive un grave riesgo para la salud de las personas. A esta figura delictiva me he referido anteriormente, a cuya exposición me remito.

Otra figura de posible acaecimiento real en las Unidades de Urgencia, con motivo de la premura exigida a sus profesionales en la acción y la ocasional escasez de medios disponibles, es la de actuación imprudente con resultado lesivo. La evidente diferencia con las conductas recogidas en el tipo anterior es que en lugar de una omisión indebida se ha producido una actuación inadecuada.

La anterior regulación penal castigaba la actuación imprudente, con independencia del resultado. Ahora, sin embargo, se gradúan las penas en función de dicho resultado: lesiones o muerte, castigando (en este último caso) la acción hasta con 4 años de prisión. Si se apreciase imprudencia profesional, forma particularmente grave, se añade pena de inhabilitación especial de hasta 6 años para ejercer la Medicina.

En los supuestos de lesiones se diferencia entre la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro (principal o no principal), siendo la conducta mínima reprochable aquella lesión que, además de una primera atención facultativa, precise de posterior tratamiento, médico o quirúrgico.

■ Historias Clínicas:

La observancia del secreto médico y la preservación de la intimidad del paciente figuran entre los contenidos obligacionales de la profesión desde el juramento hipocrático y en este sentido se vienen recogiendo en los sucesivos Códigos Deontológicos. Pero la observancia de estos principios ha cambiado y al médico ya no le basta con callar, sino que ha de observar determinadas actitudes y procurar que

otros, también, las observen, fruto todo ello de la Medicina ejercida en instituciones con pluralidad de profesionales y en las que se utilizan archivos clínicos.

En nuestro ordenamiento la confidencialidad goza de protección penal desde el Código de 1955. Ahora, sin embargo, como nunca se muestra este asunto delicado por el doble hecho de ser la información compartida y accesible, como decía, y por no ser éste un derecho absoluto, ya que ocasionalmente ha de ceder ante otros. El mayor problema, no obstante, deriva (como en su momento he dejado expuesto) de la exigencia de preservar un secreto cuyos límites no están previamente definidos.

Hasta ahora el principal motivo de reclamación en materia de responsabilidad era la imprudencia o incluso la información deficiente. La futura evolución de la actual normativa dirá, en su aplicación práctica, qué ocurre con la preservación del secreto. Podemos pensar en un trabajador de un hospital que venda información reservada a ciertas revistas o en el médico que no resiste la tentación de alterar el contenido de una Historia, que le concierne, al verse en un aprieto por una denuncia.

■ Quirófano.

Es posible plantear en esta unidad asistencial los mismos supuestos mostrados para la de Urgencias. El abandono asistencial podría darse para el caso de abandono extemporáneo del quirófano y la imprudencia con resultado lesivo puede ser imaginada fácilmente en la adopción de una técnica quirúrgica demasiado arriesgada y clínicamente no demasiado justificada en un caso concreto o por el hecho de no haber abordado con prontitud decisiones de cuyo retraso se derivó el daño. Damos, por tanto, por reproducido aquí lo ya dicho respecto de esas conductas y de sus sanciones.

Es preciso dejar constancia de que éste es el medio natural de la problemática imputación de la culpabilidad en aplicación de los principios de confianza y de división del trabajo, necesariamente imperantes en un quirófano.

■ Paritorio.

Aún cuando en este medio concreto puedan, también, darse (¡cómo no!) las conductas descritas, menciono seguidamente aquellas actuaciones derivadas de acaecimiento específico en los paritorios.

Se trata del aborto ocasionado por imprudencia y de las lesiones al feto. Es preciso aclarar, aunque parezca una obviedad, que estamos tratando de supuestos de

aborto no despenalizado, es decir fuera de los casos de violación (aborto ético), taras del feto (aborto eugenésicvo) o grave riesgo para la salud de la madre (aborto terapéutico). En la descripción de la conducta penal se diferencia si medió, o no, consentimiento de la mujer, como figuras diferenciadas.

El aborto no despenalizado (aún con dicho consentimiento) trae consigo penas de inhabilitación de hasta 6 años y es preciso destacar la posible responsabilidad concurrente de los directivos del centro sanitario.

■ Genética.

Los delitos relacionados con la manipulación genética son novedad respecto del Código anterior, exponiéndose como sancionables las conductas siguientes:

Alteración del genotipo por manipulación de genes humanos, sin la finalidad de eliminar o disminuir graves taras.

Producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana mediante la utilización de la ingeniería genética.

Clonación o cualquier otro procedimiento de selección de la raza.

Fecundación asistida sin el consentimiento de la madre.

Fecundación de óvulos humanos con finalidad distinta de la procreación humana.

Las penas establecidas para estas conductas son particularmente graves llegando a los 6_años de prisión y 10 de inhabilitación.

■ Neonatología.

Las conductas aquí recogidas abarcan supuestos dolosos (intencionales) o culposos y describen los supuestos siguientes:

Suposición de parto: Figuración de un alumbramiento que en la realidad no ha existido.

Entrega de un hijo, modificando la filiación.

Sustitución de una criatura por otra.

Estas conductas son consideradas con agravamiento si media compensación económica o en el caso de tener, el autor o partícipes, la condición de facultativo. Este término, no obstante, abarca no sólo a médicos sino también a matronas, enfermería y cualquier otra persona que realice actividad sanitaria o socio sanitaria.

■ Farmacia.

Recoge el nuevo Código, bajo el título delitos contra la salud pública, un abigarrado grupo de conductas que tienen como objeto común los productos o sustancias susceptibles de causar daño en las personas por su utilización indebida.

Elaboración, despacho o comercialización de sustancias o productos nocivos o peligrosos, sin la oportuna autorización.

Despacho o suministro de sustancias sin los requisitos necesarios, contando con autorización para el despacho.

Sustitución de medicamentos o despacho de medicamentos caducados o deteriorados.

Alteración y simulación de medicamentos.

Las penas más graves son las inhabilitaciones que alcanzan los 3 años, llegando por agravación hasta los 6, si el autor es farmacéutico o director técnico de laboratorio.

■ Radiología.

Tampoco este Servicio Clínico se libra de la asechanza penal y así el Código castiga hasta con 3 años de prisión y otro tanto de inhabilitación a quien someta, por imprudencia grave, a radiaciones innecesarias a alguna persona con peligro cierto de la salud de ésta.

En este grupo de artículos se incluyen otras conductas sancionables respecto del manejo de la energía nuclear o de isótopos radioactivos.

■ Medicina Interna.

Podemos referir a este Servicio, además de las conductas generales de omisión de cuidados sanitarios, o de actuación clínica negligente, aplicables en términos amplios a la actividad asistencial general, unos supuestos típicos de determinados enfermos frecuentes en las plantas de Medicina Interna. Me estoy refiriendo a los enfermos terminales y a determinadas conductas asociadas a la muerte de aquellos (provocada directa o indirectamente). Me he referido a ello con anterioridad, por lo que no he de repetirlo, sino solamente mencionar el hecho de que siempre son objeto de polémica todas aquellas conductas sanitarias que se sitúan en los confines de la vida, ya sea su principio (aborto) o su fin (eutanasia).

■ Consultas.

En estas áreas asistenciales, además de otras posibles acciones delictivas que es posible cometer, citaré como típicas de las mismas las siguientes:

Expedición de certificado falso.

Falsedad en un documento, mediante alteración del mismo, simulación de su autenticidad o faltando a la verdad en la redacción de su contenido.

Estas acciones, básicamente dolosas, también pueden ser cometidas de forma imprudente, en cuyo caso se contempla una pena atenuada.

El primero de estos delitos, curiosamente, sólo se castiga con multa (máximo de 12 meses) mientras que las conductas del segundo grupo traen consigo penas de prisión e inhabilitación de hasta 6 años.

Madrid, septiembre de 2007

© Juan Siso Martín - Tel. 625 555 266

E.Mail: juan.siso@salud.madrid.org

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD SANITARIA

ALMELA VICH, C. "La responsabilidad penal del médico y del cirujano", en *Revista del Poder Judicial*, 1997.

ALONSO OLEA, M. "Responsabilidad del hospital por acto del médico" *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 79, 1996.

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J. M. y LÓPEZ DOMÍNGUEZ, O. "Secreto médico y confidencialidad de los datos sanitarios", *Plan de Formación de Responsabilidad Legal Profesional, unidad didáctica 4*. Asociación Española de Derecho Sanitario. Madrid, 1998.

ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a la Constitución Española*. Cortes Generales, EDERSA, Madrid, 1996.

AMARILLA GUNDÍN, M. y AMARILLA MATEU, N. *La responsabilidad contractual terapéutica en el siglo XXI*, Manuel Amarilla, Madrid 2002.

AMERICAN MEDICAL ASSOCIATION, Council on Ethical and Judicial Affairs. Code of Medical Ethics. Current opinion with annotations. 1996-1997 , Chicago, American Medical Association, 1996.

ARIÑO ORTIZ, G. y SALA ARQUER, J. M. "La gestión de los servicios sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades", *La Gestión de los Servicios Sanitarios: Modelos Alternativos*, Pamplona, Gobierno de Navarra/Departamento de Salud, 1995.

ARROYO ZAPATERO, L. "Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización", *Estudios Penales y Criminológicos*, XI, 1998.

ASUA BATARRITA, A. "Tratamiento curativo sin consentimiento del paciente y responsabilidad penal", *Jano*, nº. 1.114.

ASÚA BATARRITA, A. "Tratamiento curativo con consentimiento del paciente y responsabilidad penal", *Revista Jano* 1995.

ATAZ LOPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Montecorbo, Madrid, 1985.

AULLÓ CHAVES, M. y PELAYO PARDOS, S. "La Historia Clínica". *Plan de Formación en Responsabilidad Legal Profesional*. Unidad Didáctica. 1. Asociación de Derecho Sanitario, Madrid, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, E. *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Dirigido por Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, tomo 1. Trivium, Madrid, 1997.

BACIGALUPO ZAPATER, E. "La comisión por omisión", *Revista Canaria de Ciencias Penales*, 1997.

BAJO FERNANDEZ, M. *Testigos de Jehová y transfusiones de sangre*.

BAJO FERNÁNDEZ, M. "Agresión médica y consentimiento del paciente", *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. Delitos contra las personas, Madrid, 1991

BAJO FERNANDEZ, M. "Visión general de la negligencia médica en el nuevo Código Penal". *Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid. 1996.

CAPRON, A.M. "Law and bioethics", *Encyclopedia of Bioethics*, Mac Millan, Nueva York, 1995, pag.1329-1335

CASTAÑEDO ALLENDE, M. "En los confines de la vida, eutanasia y suicidio asistido", Colegio de Médicos de Valladolid, marzo de 1996.

CASTELLANO ARROYO, M. "Problemática de la Historia clínica, en la Información y documentación clínica". *Seminario conjunto sobre información y documentación clínica*, Madrid septiembre 1996.

CASTILLA GARCÍA y otros, "Secreto profesional médico", *Cuadernos de Bioética*, nº 15, 1993

CASTRO I. Y GÁMEZ M. "La historia clínica", *Farmacia Hospitalaria*, Sociedad Española de Farmacia Hospitalaria, 2002, 3ª edición.

CENTERS FOR DISEASE CONTROL, "Prevention of acquired inmune deficiency

syndrome (AIDS)", *Report of inter-Agency recommendations*, vol. 32, nº. 8 marzo 1983.

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. "La responsabilidad civil de los profesionales y de las administraciones sanitarias", *II Congreso Derecho y Salud, Asociación Juristas de la Salud*, Granada, 1993,

DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R., *Responsabilidad Civil por Actos Médicos, Problemas de Prueba*, Civitas, Madrid, 1999.

DE LORENZO Y MONTERO, R. "Responsabilidad civil y penal del Médico en el ejercicio profesional", *X Congreso Nacional de la Sociedad Española de Medicina Rural y Asistencia Primaria*, 1988.

DE LORENZO Y MONTERO, R., GRACIA S., AULLO M. "La medicina de urgencia y su relación con el entorno jurídico", *Manual de urgencias médicas*, Díaz de Santos, Madrid, 1996.

DE LORENZO Y MONTERO, R. "Responsabilidad profesional e historias clínicas", *Boletín Oficial del Consejo General de Colegios de Médicos de España*. Número 51. Abril 1997.

DE LORENZO Y MONTERO, R. y MEGIA SALVADOR, I., "El Seguro de Responsabilidad Civil de Profesionales de la Sanidad", *Plan de formación en responsabilidad legal profesional*, Edicomplet. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 1997.

FARRERAS-ROZTMAN. *Principios de Medicina Interna*. Harcourt Braze, España 2004.

FIGUERA A YMERICH, D. "El cirujano contra sus fantasmas. El miedo, la decisión y la denuncia". *Instituto de España Real Academia de Medicina*. Madrid. 1997.

FLETCHER, J. *Essays in Biomedical Ethics*, New York, 1979.

FRAGA MANDIÁN / LAMAS MEILÁN, "El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)", *Revista Xurídica Galega*, 1989.

GALÁN CORTÉS y CÁRCABA FERNÁNDEZ, "Bioética y Consentimiento Informado", en *Bioética Práctica. Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, 2000.

GALÁN CORTÉS, J. C. El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios, Madrid, 1997. Responsabilidad médica y consentimiento informado, Madrid, 2001.

GALLEGO RUESTRA, S. / HINOJAL FONSECA, R. / RODRIGUEZ GETINO, J. A. "Los derechos de los pacientes: problemática médica". *Revista de Medicina Clínica*, nº 100, 1993.

GARRIDO FALLA, F. "Los límites de la responsabilidad patrimonial: una propuesta de reforma legislativa", *Revista de Derecho Administrativo*, nº 94, abril-junio 1997.

GÓMEZ PAVÓN, P. *La intimidad como objeto de protección penal*, Akal-lure, Madrid, 1989.

GÓMEZ PAVÓN, P. "La responsabilidad el médico por omisión", *Revista del Poder Judicial*, 1995.

GÓMEZ TOMILLO, "Responsabilidad penal de los profesionales sanitarios". *Tratado de Derecho Penal Español* de C. Blanco Lozano, Bosch, 2005.

LAÍN ENTRALGO, P. *Historia Universal de la Medicina*, Barcelona, 1972.

LLAMAS POMBO, E. "Responsabilidad médica contractual. Prestación médica de servicios y no de obra cuando no se pacta un resultado concreto: deberes que integran la obligación de medios del médico: obligación de informar al paciente del pronóstico y riesgo". *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, nº 36. septiembre, diciembre 1994.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. "Responsabilidad del personal sanitario", *Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo*, Madrid, 1995.

LÓPEZ GÓMEZ, L y GILBERT CALABUIG, J.A. *Tratado de Medicina Legal*, Saber, Valencia, 1962.

MARAÑÓN, G. *Vocación y Ética y otros ensayos*, Colección Austral, 6: ed., Madrid, 1976.

MARTÍN REBOLLO, L. "La responsabilidad de las Administraciones públicas", *Gobierno y Administración en la Constitución*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *Derecho Médico*, Tecnos, Madrid, 1986.

MARTINEZ CALCERRADA, L. "Especial estudio de la denominada Lex Artis Ad Hoc en la función médica", *Actualidad Civil* nº 24. 1986.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, "Responsabilidad penal del médico y del sanitario" *Derecho médico general y especial*, Madrid, 1990.

MARTÍNEZ PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Colex, Madrid, 1989.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J. M. *La protección penal del secreto médico en el derecho español*, Actualidad Penal, 1996.

MUÑOZ CONDE, F. "La objeción de conciencia en Derecho Penal", *Nueva Doctrina Penal*, 1996,

MUÑOZ GARRIDO, R. "Responsabilidad profesional del médico de naturaleza disciplinaria colegial". *Revista del Consejo General de Colegios de Médicos de España*, 1992.

MUÑOZ MACHADO, S. "Responsabilidad de los médicos y responsabilidad de la Administración sanitaria (Algunas reflexiones de las funciones actuales de la responsabilidad civil", *Responsabilidad del personal sanitario* Ministerio de Sanidad y Consumo/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1995.

NAVARRO VALLS, J. "La objeción de conciencia", *Bioética y Justicia*, Consejo General del Poder Judicial, 2000.

NIETO GARCÍA, A. "La relación de causalidad en la responsabilidad administrativa: doctrina jurisprudencial", *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 51, 1986.

PANTALEÓN PRIETO, F. *Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995.

PELAYO PARDOS, S. "El futuro del consentimiento informado tras las últimas resoluciones judiciales", *Actualidad del Derecho Sanitario*, nº 15, 1996.

PEMÁN GAVÍN, J. "La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público", *Documentación Administrativa*, núms. 237-238 1994.

PORTERO SÁNCHEZ, L. "Eutanasia y objeción de conciencia", *VI Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico*, Valencia, 1992.

ROMEO CASABONA, C. M. *El Médico y el Derecho Penal. La actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.

ROMEO CASABONA, C. M. "El diagnóstico antenatal y sus implicaciones jurídico-

penales", *La Ley*, 1987.

RUIZ VADILLO, E. "La responsabilidad civil y penal de los médicos (especial referencia a los anestelistas)", *Derecho y Salud*, enero-junio de 1995.

RUIZ VADILLO, E. "La responsabilidad y el deber de información ante los Tribunales". *Instituto de Fomento Sanitario*, Madrid, 1996.

RUIZ VADILLO, E. "La Sanidad ante las nuevas tendencias jurisprudenciales, aspectos constitucionales". *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid. 1997.

SÁNCHEZ CARO, J. "El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles", *La Ley* 1993.

SÁNCHEZ CARO, J. "Historia clínica: conflictos y propuesta de algunas soluciones". Seminario conjunto sobre INFORMACION y DOCUMENTACION CLINICA. *Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo*. Madrid, 22 y 23 de septiembre de 1997.

SÁNCHEZ CARO, J. y ABELLÁN, F. "Consentimiento Informado". *Fundación Salud 2000*, Madrid, 1999.

SIMÓN LORDA, P. y COUCHEIRO CARRO, L. *El consentimiento informado: teoría y práctica* Med. Clin. Barcelona, 1992.

SOTO NIETO, F. "La responsabilidad subsidiaria médica en el nuevo Código Penal", *11 Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid. 1996.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C. *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo Código Penal*, Valencia, 2000.

TORÍO LÓPEZ, A. "Investigación y auxilio al suicidio, homicidio consentido y eutanasia como problemas legislativos", *Estudios penales y criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1981.

VILLAR ROJAS, F. J. *La Responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y límites*, Praxis, Barcelona, 1996.

XIOL RÍOS, J.A. "Las institución frente a las reclamaciones por negligencias profesionales". *Revista de Administración Sanitaria* nº 57 – 2004, pp. 579 a 597.

YUNGANO / LÓPEZ BOLADO / POGGI / BRUNO. *Responsabilidad profesional de los médicos*, Buenos Aires, 1986.