

X

66/2000-01

**UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA
UNIDAD DE TERCER CICLO Y POSTGRADO**

Reunido el día de la fecha, el Tribunal nombrado por el Excmo. Sr. Rector Magfco. de esta Universidad, el/a aspirante expuso esta **TESIS DOCTORAL**.

Terminada la lectura y contestadas por el/a Doctorando/a las objeciones formuladas por los señores miembros del Tribunal, éste calificó dicho trabajo con la nota de SOBRESALIENTE CUM LAUDE POR UNANIMIDAD.

Las Palmas de Gran Canaria, a 17 de julio de 2001.

El/a Presidente/a: Dr. D. Pablo Saavedra Gallo,

El/a Secretario/a: Dr. D. Eduardo Galván Rodríguez,

El/a Vocal: Dr. D. Ernesto Pedraz Penalva, *Iguacio Az Buille*

El/a Vocal: Dr. D. Joaquín Sala Franco,

El/a Vocal: Dr. D. Juan Fernando Jiménez Díaz,

La Doctoranda: D^a. Carmen Delia Medina Castellano,

UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA

DEPARTAMENTO DE CIENCIAS JURÍDICAS BÁSICAS

PROGRAMA: NUEVAS PERSPECTIVAS EN LA CIENCIA

JURÍDICA



TÍTULO

“FORMACIÓN, ASISTENCIA Y RESPONSABILIDAD MÉDICA:

EVOLUCIÓN Y ESTADO DE LA CUESTIÓN

BIBLIOTECA UNIVERSITARIA
LAS PALMAS DE G. CANARIA
N.º Documento <u>221624</u>
N.º Copia <u>652044</u>

Autora: D^a Carmen Delia Medina Castellano

Director: Dr. D. Carmelo Padrón Díaz

El Director,

La Doctorando,

Las Palmas de Gran Canaria, 1 de junio de 2001

ÍNDICE

Introducción

PARTE I: Evolución de la formación, la asistencia y la responsabilidad médica.

1.	La Medicina griega	12
1.1.	La formación de los médicos griegos	13
1.2.	La práctica médica griega	14
1.3.	El Juramento Hipocrático	18
1.4.	La expansión de la Medicina griega	23
2.	La Medicina romana	24
2.1	La recepción romana de la Medicina griega	25
2.2.	La formación del médico	28
2.3.	La práctica médica en Roma	29
2.4.	La responsabilidad profesional	30
2.5.	La decadencia del imperio. Bizancio	33
3.	La Medicina islámica	35
3.1.	La formación del médico	35
3.2.	La práctica médica en el Islam	37
4.	La Medicina en la Edad Media	38
4.1.	La recepción del saber médico	38
4.2.	La formación del médico en el medievo	40
4.3.	Los gremios	49
4.4.	La asistencia médica en el medievo	51

4.4.1. Los hospitales medievales	52
4.5. La responsabilidad profesional de los médicos medievales	57
5. La Medicina en el Renacimiento	60
5.1. Los descubrimientos médicos en el Renacimiento	61
5.2. La formación del médico renacentista	66
5.3. El control del ejercicio profesional	69
5.3.1. El Tribunal del Protomedicato	70
5.4. La asistencia médica en el Renacimiento	78
6. La Medicina en el Barroco y la Ilustración	79
6.1. Los descubrimientos médicos	80
6.2. La formación médica	82
6.3. Las sociedades científicas	86
6.4. La asistencia médica en los siglos XVII y XVIII	87
6.5. El control del ejercicio profesional durante el Barroco y la Ilustración ...	89
7. El ejercicio de la Medicina en el siglo XIX	92
7.1. La formación del médico decimonónico	93
7.2. El Tribunal del Protomedicato en el siglo XIX	95
7.3. El nacimiento de las especialidades médicas	97
7.4. La asistencia médica en el siglo XIX	100
7.5. El control del ejercicio profesional	102

8.	La Medicina actual	108
8.1.	La formación médica en la actualidad	111
8.2.	Los colegios profesionales	119
8.3.	La asistencia médica en la actualidad	121

PARTE II: Responsabilidad médica

9.	La responsabilidad civil. Conceptos y tipos	128
9.1.	Conceptos de responsabilidad	128
9.2.	Los diferentes tipos de responsabilidad	130
9.2.1.	Responsabilidad contractual	132
9.2.1.1.	La culpa	135
9.2.1.2.	El dolo	137
9.2.1.3.	La mora	140
9.2.2.	Responsabilidad extracontractual	141
9.2.2.1.	La responsabilidad extracontractual por hechos propios ..	142
9.2.2.2.	La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno	145
10.	Caracteres de la responsabilidad civil	151
10.1.	La acción u omisión dañosa	152
10.2.	La antijuridicidad	153
10.3.	El daño	155
10.4.	La culpa del agente	157
10.5.	La relación causal	161

11. Evolución de la responsabilidad civil en la jurisprudencia	165
12. Los seguros de responsabilidad civil	178
13. La responsabilidad contractual en el ejercicio de la profesión médica	182
13.1. Obligaciones de medios y obligaciones de resultados	191
13.1.1. Obligaciones de medios	193
13.1.2. Obligaciones de resultado	208
13.1.3. Otras obligaciones médicas	216
13.1.3.1. El secreto profesional	216
13.1.3.1.a) La obligación genérica de guardar secreto	217
13.1.3.1.b) Tratamiento automatizado de datos	242
13.1.3.2. La emisión de certificados	254
14. La responsabilidad médica extracontractual	258
14.1. Diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en razón de su origen	260
14.2. El grado de culpa exigible	264
14.3. La capacidad del obligado	266
14.4. Responsabilidad contraída por los hechos de los dependientes	267
14.5. La prescripción de acciones	270

15.	Concurrencia de ambos tipos de responsabilidad	275
16.	El impacto de la reforma de la Ley de Procedimiento Administrativo en la responsabilidad médica extracontractual	278
	Conclusiones	287
	Anexo de jurisprudencia	320
	Bibliografía	327

INTRODUCCIÓN.

La Medicina fue considerada durante un largo periodo de la historia como una actividad mágica, revestida de una aureola de misterio, pasando posteriormente a formar parte de las llamadas Artes, para incluirse, finalmente, entre las ciencias experimentales. Este largo proceso de evolución que abarca desde el mundo griego, en el que podemos situar el nacimiento de la Medicina occidental, hasta el siglo XX, ha implicado cambios no sólo en lo que a la naturaleza de la profesión se refiere, sino también en la relación del profesional con el receptor de sus servicios.

Señala PELAYO⁽¹⁾ que ya en el contexto griego la Medicina era considerada una actividad eminentemente moral, y el médico, su agente, era alguien que reunía elevadas cualidades morales, lo que le colocaba en una posición de preeminencia sobre el paciente, al que podía imponer sus normas de comportamiento, en la medida en que la enfermedad era considerada, las más de las veces, como el resultado de la vida desordenada de la persona; se consideraba al enfermo incompetente para gobernarse por si mismo, y por ello necesitaba la dirección del médico, al que se sometía. De hecho, el propio profesional de la Medicina ha podido creer que su actividad curativa es incompatible con el control de lo que entiende como *rígidas normas jurídicas*⁽²⁾.

(1) PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A. La intervención jurídica en la actividad médica: el consentimiento informado. 1ª edic. Madrid. Edit. Dykinson. 1997. Págs. 25 y ss.

(2) Cfr. HORNO LIRIA, R. "Prólogo" en ROMEO CASABONA, C. El médico ante el Derecho. 1ª edic. Madrid. Edit. Ministerio de Sanidad y Consumo. 1986.

En este sentido, el propio MARAÑÓN⁽³⁾ indicaba:

El enfermo debe aceptar un margen de inconvenientes y de peligros derivados de los errores de la Medicina y del médico mismo como un hecho fatal, como acepta la enfermedad misma

Efectivamente, la tradicional concepción de la actividad médica como un servicio esencialmente humanitario la sustraía a cualquier intento de control que no fuera el exclusivamente moral, a pesar de lo cual existieron diversos intentos de regulación -destinados, especialmente, a proteger a los pacientes de los médicos imperitos e ignorantes-, los cuales no tuvieron prácticamente ningún éxito hasta la llegada del siglo XX.

La evolución de la Medicina ha venido a desembocar en su consideración como una actividad humana que, aunque altamente reconocida, no puede sustraerse del control de la legalidad vigente, que precisa de la introducción de mecanismos que ordenen la práctica profesional, estableciendo los requisitos para acceder a ella; que velen por la calidad de los servicios que se prestan y que protejan al paciente de posibles daños.

Los factores que han condicionado estas nuevas exigencias para esta actividad profesional son de distinto orden, unos que pueden ser considerados de carácter interno, porque afectan a la actividad misma, y otros de orden externo, porque son producto de cambios en actividades ajenas a la Medicina, pero que inciden en ella.

(3) MARAÑÓN, G. Vocación y ética y otros ensayos. Madrid. Edit. Espasa-Calpe. 1981. Págs. 86 y 87.

Dentro de los últimos destaca de modo principal la *irrupción* de los medios de comunicación en la actividad médica, que se produce de una manera más activa en los últimos quince años, y que, básicamente, ha perseguido dos objetivos. El primero de ellos, ha sido dar a conocer al público en general los avances que se han producido en el ámbito de las ciencias de la salud y una muestra de esta afirmación es la proliferación de programas dedicados a la salud, e incluso, la inclusión en programas de entretenimiento de una sección dedicada a estas mismas cuestiones⁽⁴⁾.

El segundo de los objetivos ha sido denunciar o dar a conocer públicamente los errores médicos, especialmente aquellos que han revestido de cierta entidad, limitándose, con frecuencia, a poner de manifiesto los resultados dañosos, pero no las circunstancias que concurrieron a ellos; en estos supuestos, la única versión oída suele ser la del paciente o sus familiares, lo que, de alguna forma, condiciona la valoración que tiende a hacer el receptor de la información de la actividad médica en general, y de los profesionales que la desarrollan, particularmente.

Entre los factores que se han considerado de orden interno destacan dos de modo especial; el primero de ellos se refiere a los propios avances científicos y técnicos que ha logrado la Medicina, y que, de alguna forma, pueden haber hecho pensar al usuarios de los servicios médicos que hoy en día la Medicina todo lo puede.

Por esta razón, en este trabajo se ponen de manifiesto algunos de los avances y descubrimientos médicos más significativos que se han producido a lo largo de los tiempos, avances que, como es natural, han permitido la evolución de la actividad

(4) Prácticamente en todos los programas matutinos de todas las cadenas de televisión existen programas que cuentan con una sección, normalmente dirigida por un médico, en el que se plantean problemas de salud de distinto orden, y al que los telespectadores pueden llamar para hacer consultas en directo.

médica en si misma; es decir, el médico cada vez ha podido hacer más cosas con y por su paciente.

Consecuencia natural de estos avances es la creación de las especialidades, toda vez que un solo profesional no puede abarcar todo el conocimiento, y ello es así hasta el punto de que desde la tradicional división de las especialidades por aparatos o sistemas se ha llegado a una atomización del conocimiento de tal magnitud que es posible encontrar diversas subespecialidades, que aunque no están recogidas en el sistema de acceso a la especialización -el MIR- están reconocidas y avaladas por el propio sistema sanitario.

Por otra parte, la valoración de la especialización como una parte necesaria de la formación del médico ha conducido a la paradoja de que el médico general ha de adquirir la condición de especialista, en este caso en Medicina Familiar y Comunitaria, para poder ejercer, de tal manera que, en la actualidad, el título de licenciado en Medicina y Cirugía obtenido en las Facultades de Medicina solo faculta para el ejercicio privado como médico generalista, pero no permite acceder a un puesto de trabajo en los centros de atención primaria del sistema sanitario que, hasta el año 1995, habían sido el destino natural de estos licenciados que no deseaban o no podían acceder a la especialidad.

Pero la ampliación de las posibilidades terapéuticas no han sido la causa única del cambio en la relación profesional paciente, sino que de modo importante ha cooperado el cambio en el estatuto de enfermo, el cual se produce en virtud de distintos movimientos sociales que se inician en Estados Unidos y que se extienden por Europa, llegando a nuestro País en la década de los ochenta.

Efectivamente, con la promulgación de la Ley General de Sanidad, en 1986, se consagra un nuevo modelo de relación profesional-paciente, abandonando el tradicional paternalismo y abriendo la puerta al reconocimiento del paciente como un sujeto competente para tomar sus propias decisiones, para lo cual debe estar debidamente informado.

Por ello, junto al tradicional deber de asistencia, se configura ahora la información como una de las obligaciones del médico para con el usuario de sus servicios. La importancia de la información va a ser tal, que, en algunos supuestos, llega a configurarse como una obligación principal, entendiendo por tal aquella que afecta al contenido principal de la prestación, de tal forma que su incumplimiento se traduce en causa de exigencia de responsabilidad jurídica al médico.

Esto es lo que ocurre en los supuestos que, en este trabajo, hemos denominado *Medicina voluntaria*, dentro de la cual se incluyen actividades como la cirugía estética o los análisis clínicos. Se trata, en definitiva, de actividades que constituyen obligaciones de resultado, como excepción a la natural exigencia de medios que se pide al médico en el marco general de su actuación profesional. Es decir, frente al alea que caracteriza la prestación del médico, existen una serie de actividades que exigen un resultado del profesional que las realiza, de tal manera que el paciente nunca consentiría una intervención sobre su cuerpo si no contara con unas mínimas garantías de obtener ese resultado.

También ha incidido de modo importante en el incremento del control jurídico de la profesión médica el cambio en los modelos de prestación de servicios. A lo largo de la historia es posible observar como se reproducen los modelos de asistencia condicionados por las posibilidades económicas de los pacientes. Sin embargo, esta situación cambia a partir del siglo XIX, en el que se dan distintas iniciativas que

desembocarán en la colectivización de la Medicina, de tal forma que, al día de hoy, la actividad médica preponderante se desarrolla en el marco de la Medicina pública, aunque coexistiendo con el libre ejercicio profesional.

La asistencia sanitaria pública supone, en primera instancia, un alejamiento entre el médico y el paciente motivado por el hecho de que ya no es el paciente el que escoge al profesional en virtud de la confianza que éste le inspira, sino que, de alguna forma, ese profesional le es impuesto, incluso en los supuestos de *libre elección de médico* que contempla nuestro Sistema Nacional de Salud, pues en todo caso se trata de una libertad restringida al cuadro de profesionales, y no a todos, de los que dispone la Administración sanitaria.

En esta situación, el médico debe probar su competencia para recibir el fruto de la confianza del paciente, y esta tarea no es siempre fácil en el ámbito de la asistencia pública, por razones tan simples como el escaso tiempo que a cada paciente se puede dedicar, lo que no sólo impide conocer al paciente para iniciar una relación terapéutica de confianza, sino que incrementa el riesgo de errores en el desarrollo de la actividad⁽⁵⁾.

En definitiva, se ha pasado del médico intuitivo, habilidoso, individualista, que cuenta con la confianza del cliente que le ha elegido, al técnico experto que se integra en el engranaje de la estructura sanitaria, convirtiéndose la Medicina en este proceso en una actividad cada vez más compleja e interdependiente por el alto grado de especialización al que ha llegado, con un posicionamiento cada vez más

(5) Existen estadísticas relativas al tiempo de duración de cada consulta de Medicina familiar, y el promedio está alrededor de los cuatro minutos, tiempo obviamente insuficiente para poder realizar un examen medianamente riguroso del paciente

distanciado de un paciente con el que no ha contratado directamente y que exige que se respeten sus derechos.

Estas y otras circunstancias han ido produciendo a lo largo de los tiempos un cambio en la actividad médica y en la relación de aquellos que la ejercen con los receptores de sus servicios, lo que ha condicionado un aumento de la conflictividad. El paciente actual no está dispuesto como el de Marañón a soportar los errores médicos, a sufrir las consecuencias de una conducta imperita o negligente y exige una reparación.

El presente trabajo se propone recopilar y analizar los cambios mencionados, incidiendo de modo especial en el estudio de la formación del médico, sus competencias y el control de su ejercicio profesional, así como los supuestos de responsabilidad civil. Para ello, se ha procedido a realizar un recorrido histórico por la Medicina, partiendo de la Grecia clásica, donde se sitúa el nacimiento de la Medicina occidental. El punto de llegada es el momento actual en el que se analiza la naturaleza jurídica de la relación médico-paciente, así como el concreto contenido de la prestación médica y la responsabilidad derivada de los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Los trabajos que hasta ahora han sido realizados en torno a estas materias, presentan una visión muy particularizada, o por el contrario, muy general del problema que es objeto de investigación en esta tesis, pero se constituyen en un imprescindible punto de referencia para la misma.

Se trata de aportar la visión del problema en su conjunto, relacionando los distintos aspectos de la profesión médica que inciden en la imputación de responsabilidades, y la repercusión que en esta cuestión ha tenido el cambio operado

en la conducta de los usuarios de los servicios médicos tras el reconocimiento de una serie de derechos -especialmente, lo que se ha dado en llamar derecho al consentimiento informado-, materializándose en un aumento de las reclamaciones, fruto también, de una mayor "cultura médica" entendida como un mayor conocimiento de los procedimientos médicos y quirúrgicos por el ciudadano, así como de los derechos que le asisten.

Este fenómeno se contempló desde lejos en nuestro país hasta la década de los ochenta, como ya se apuntó, en que comenzó a producirse un incremento significativo en las reclamaciones a los profesionales sanitarios. Antes de este período, en Estados Unidos ya se practicaba una Medicina que ha recibido el nombre de defensiva, en la que los profesionales toman una serie de medidas encaminadas más a su protección frente a posibles demandas o querellas que a una mejora de la calidad de los servicios que prestan. Los profesionales médicos del Estado español han dado la voz de alarma, llegando a plantear normas generales de actuación que les permitan protegerse frente a eventuales demandas.

Tampoco la Administración sanitaria es ajena a este proceso en cuanto suministradora del servicio salud, en la medida en que la legalidad vigente extingue la posibilidad de demandar en vía civil al profesional que presta sus servicios para ella, salvo en los supuestos en que su acción esté calificada como delito. Esto implica que en todo caso la Administración sanitaria será siempre la demandada en los supuestos en que se produzca un daño al paciente que sea consecuencia de la actividad desplegada por su personal, al margen del tipo de relación que mantenga con el usuario.

En este estado de cosas se observa una regulación insuficiente, dispersa y caduca en materia de responsabilidad, viéndose la necesidad de que se retomen las

disposiciones que al respecto existen en España y a la luz de la situación se reformule la ordenación de determinadas actividades profesionales, como puede ser la médica, estableciéndose cauces que permitan la satisfacción de las partes que en este proceso intervienen: profesional y usuario de los servicios.

Para la elaboración de este trabajo se ha procedido, fundamentalmente, a la indagación bibliográfica y el análisis de la jurisprudencia con relacionada con el tema de estudio. En cuanto a la primera, se comenzó por la bibliografía general, a fin de obtener una visión global del objeto de estudio, para después descender a la específica y contextual.

La bibliografía general hace referencia a la que se sitúa en el contexto nacional e internacional de la Medicina a lo largo de la historia, y que procede fundamentalmente de libros publicados y artículos de revistas de difusión nacional. Incluye también la relativa a los aspectos generales de la responsabilidad civil.

La bibliografía específica se refiere a aquel conjunto de publicaciones que recogen la evolución de la Medicina en el período objeto de nuestro estudio en sus aspectos puramente jurídicos y que procede fundamentalmente de libros publicados, artículos en revistas y prensa local y nacional, actas de congresos y cursos, etc.

La bibliografía de contexto es la que sin referirse expresamente a los aspectos jurídicos de la Medicina que interesan a esta tesis, aportan elementos que posibilitan una mejor comprensión del problema, entroncándolo con la situación general del momento objeto de estudio en nuestro país.

En relación con el análisis de la jurisprudencia, se ha procedido a realizar una búsqueda en la base de datos de Aranzadi y se han localizado alrededor de tres mil

sentencias civiles relativas a la responsabilidad civil en general que marcan una identidad de actuación por parte del Tribunal Supremo. Seguidamente se ha procedido a la búsqueda de sentencias referidas a la actividad médica, para posteriormente hacer una primera selección de aquellas que por su contenido o por su resolución se estimaron de interés. Por último, se realizó una selección final de aquellas que marcaban una línea jurisprudencial consolidada, y que son las que se recogen en el anexo de jurisprudencia de este trabajo.

PARTE I

EVOLUCIÓN DE LA FORMACIÓN, LA ASISTENCIA Y LA RESPONSABILIDAD MÉDICA

1. LA MEDICINA GRIEGA.

La Medicina científica occidental tiene su origen en Grecia en torno a los siglos VI y V a.C., desarrollándose, como ha afirmado **GUERRA**⁽¹⁾, durante más de 1.000 años de historia y nutriéndose de influencias mesopotámicas, egipcias, cretenses y de otras culturas.

Hasta ese momento la figura del médico se confunde de manera habitual con la del jefe religioso y político. El hechicero o chamán asume los problemas de salud de su tribu, convirtiéndose en un intermediario entre lo material y lo espiritual, entre el mundo de los hombres y el mundo de los espíritus.

No quiere decir lo anterior que en el siglo V a.C. desaparezca esta concepción mágica de la Medicina, sino que, al lado de ella, se sitúa la práctica de una Medicina técnica. Es en esta cultura donde el médico se configura como un trabajador público (demiergos) diferenciado de elementos mágicos (teúrgos) y el cirujano (cheirurgein), que trabajaba con las manos, y que estuvo al margen de la Medicina hasta bien entrada la historia.

La Medicina hipocrática griega del siglo V a.C. supone el origen de una concepción científica de la misma, liberada ya de la filosofía y de la religión y conformada como un conocimiento técnico, pero a la vez conviviente con otras concepciones. Junto a esta práctica técnica de Medicina y a su práctica teúrgica, también existió en Grecia una Medicina astral, basada en el concepto de la simpatía

(1) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. 1ªedic. Madrid. Edit. Norma, S.A., 1.982.Pág. 114.

universal y la correlación del macrocosmos del universo con el microcosmos del hombre ⁽²⁾.

Varios fueron los factores que condicionaron la aparición de una actitud científica en la Medicina hipocrática. Destaca especialmente como antecedente próximo el interés de los griegos por el cuerpo humano, demostrado con las olimpiadas y la creación de gimnasios. En ellos los atletas recibían cuidado de médicos experimentados, que se ocupaban de su dieta, de las lesiones sencillas que pudieran sufrir y de cuantos aspectos se relacionaran con su bienestar o salud, de acuerdo a la concepción de la época.

Pero lo que verdaderamente va a ser determinante en la concepción científica de la Medicina va a ser la influencia de los filósofos presocráticos preocupados por conocer la fisis, la naturaleza de las cosas, una realidad que sirviese de origen o sustrato a todo. De esta forma, se abre un periodo creativo de la ciencia en general y de la Medicina en particular caracterizado porque, a partir de un número limitado de observaciones, filósofos y médicos postularon generalizaciones que sirvieron para fundar las doctrinas científicas sobre las que quedó establecida la teoría y práctica de una Medicina racional.

1.1. LA FORMACIÓN DE LOS MÉDICOS GRIEGOS

La coexistencia de distintas concepciones de la Medicina y su práctica implica la existencia de distintas formas de enseñanza de los nuevos médicos. Así, desde los tiempos más remotos existieron médicos formados a través de su experiencia per-

(2) Cfr. GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág 120 y ss.

sonal, junto a otros que recibían formación al lado de quien privadamente pudiera enseñarles el oficio.

Dentro de esta última línea aparecen, como consecuencia de la diáspora griega, las escuelas médicas prehipocráticas, formadas por grupos de médicos que realizaban una práctica fundada en doctrinas semejantes, y que enseñaban a aquellos que venían a recibir una formación médica a cambio de ciertos honorarios.

Entre estas escuelas son de destacar la de Knidos y la de Kos, con criterios doctrinales distantes, casi opuestos. Así, en la escuela de Knidos, la enseñanza se orienta hacia la clasificación minuciosa de las enfermedades, el diagnóstico y el tratamiento tópico de los síndromes. Por el contrario, en la escuela de Kos, de la que fue discípulo Hipócrates, se entendía al hombre como un todo y la enfermedad era considerada como una reacción general del cuerpo; se interesó además por el pronóstico y por medidas terapéuticas generales, no locales.

En cualquier caso, ninguna de las dos constituyen instituciones formales de enseñanza, en las que existiera una única estructura que acogiera a la totalidad de los docentes y discentes, con unidad de contenidos programáticos, del mismo modo que no existía ninguna reglamentación de la misma. Esta cuestión conecta con el hecho de que el ejercicio de la Medicina en Grecia fuera enteramente libre, no siendo preciso para acceder a ella ningún título ni diploma.

1.2. LA PRÁCTICA MÉDICA GRIEGA

Las distintas concepciones a las que se ha aludido originan, sin lugar a dudas, distintas prácticas de la Medicina que, sin embargo, no serán óbice para la aparición de lo que se ha dado en llamar Medicina hipocrática y que tiene su fundador en

Hipócrates de Kos⁽³⁾ hijo de un asclepiade (médico teurgo), del cual recibió su primera formación.

La Medicina hipocrática recibe influencias de las escuelas de Kos, Knidos y otras de la época, recogiendo elementos de todas ellas, si bien la influencia de la primera es determinante. De este modo, siguiendo a GUERRA⁽⁴⁾, la Medicina hipocrática propone una observación cuidadosa del hombre y su medio, el razonamiento seguro entre causa y efecto y la exacta apreciación de fenómenos similares y opuestos, lo que va a dar a la Medicina su base racional. En la misma línea afirma HERMOSÍN⁽⁵⁾:

El médico griego es un *technítes* que conoce los presupuestos racionales de su arte -la naturaleza del hombre y sus dolencias- y que aplica su saber técnico sabiendo por qué hace lo que hace

Muchos son los logros que se atribuyen a Hipócrates, pero entre ellos destaca que fue el creador de la Medicina clínica junto al lecho -*klina*- del enfermo (práctica que algo más tarde se perdería para ser nuevamente recuperada), lo que liberará a la Medicina de su carácter especulativo anterior para darle una base científica y práctica basada en la observación cuidadosa y repetida que le permitirá configurar los signos distintivos de cada síndrome. De esta manera, Medicina y Filosofía se convierte en disciplinas separadas, si bien no reniega Hipócrates del razonamiento filosófico para

-
- (3) Si bien la figura de Hipócrates ha sido controvertida en cuanto a la propia realidad de su existencia, no cabe duda de que el conjunto de escritos conocido como *Corpus Hippocraticum*, va a sentar las bases de lo que será el estudio y práctica de la Medicina en los siglos venideros.
- (4) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I Opus cit. Pág. 129.
- (5) HERMOSÍN BONO, M. A. (trad.) Tratados Hipocráticos. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1996. Pág. 51

la Medicina, antes bien se dice en el tratado *Sobre la decencia* que el médico filósofo es semejante a los dioses.

Igualmente se atribuye a Hipócrates el llamado Juramento Hipocrático, aunque esta paternidad es controvertida, como también lo es la naturaleza del propio escrito, siendo para unos un código moral⁽⁶⁾, mientras que para otros se trata de un contrato entre un discípulo y un maestro del arte médico⁽⁷⁾. En cualquier caso, es posible ver en él un documento regulador de la práctica médica de la época, siendo por ello de importancia su análisis más pormenorizado, por lo que se le dedicará un apartado especial.

Algunos escritos hipocráticos⁽⁸⁾ indican que la asistencia médica en tiempos de Hipócrates fue de diversa calidad en función de la clase social a la que iba dirigida. Así, la atención a los esclavos correspondía, generalmente, a los servidores de los médicos, mientras que la aspiración de los ciudadanos libres y ricos era tener un buen médico a su constante servicio. De esta manera, como ha dicho **LÓPEZ PIÑERO**⁽⁹⁾, los mejores recursos de la ciencia médica se reservaban para la reducida minoría de hombres libres de posición privilegiada.

Esta atención diversificada por razones de índole económica y social va a condicionar la existencia de distintos tipos de servicios médicos:

-
- (6) Cfr. LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. 1ª edic. Barcelona. Edit. Salvat S.A. 1978. Pág. 132
- (7) Cfr. GUERRA, F. HISTORIA de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 145
- (8) Cfr. HERMOSÍN BONO M. A. (trad.) Tratados Hipocráticos. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1996. Pág. 233 Y ss.
- (9) LÓPEZ PIÑERO, J.M. Medicina, historia y sociedad. 3ª edic. Barcelona. Edit. Ariel. 1973. Pág. 22

- Los médicos públicos o demioseuontes, que eran contratados por la ciudad para la atención a los extranjeros y a los hombres libres y pobres, aunque en ocasiones también desempeñaban funciones forenses
- Los periodeutas , que ofrecían sus servicios de forma itinerante, sin que contaran con una residencia fija, por lo que, según **RIERA**⁽¹⁰⁾, casi siempre utilizaban pequeños consultorios o casa de médicos, las *iatreia*, en las que recibían a los enfermos, realizaban intervenciones quirúrgicas y admitían a los pacientes.
- Es coherente pensar que junto a estas dos figuras existían médicos de prestigio que atendían de manera estable a los ciudadanos griegos libres y ricos.

LAÍN ENTRALGO⁽¹¹⁾ afirma que las obligaciones del médico en la Grecia clásica para con sus pacientes se centraban básicamente en dos: de una parte, el deber de abstenerse de actuar cuando la muerte o la incurabilidad del enfermo parecían ser fatalidades invencibles; y, de otra, el cumplimiento del precepto hipocrático de ayudar o, por lo menos, no perjudicar. Es decir, el médico griego era, sobre todo un observador del curso que en la naturaleza humana seguía la enfermedad y su intervención estaba condicionada por la idea de evitar aumentar el perjuicio al paciente⁽¹²⁾.

(10) RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. 1ª edic. Madrid. Edit. Pirámide. 1.985. Pág. 356

(11) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Págs. 133 y 134

(12) En este sentido escribía Platón en su República, que Asclepio no prescribía tratamiento alguno, a no ser que el sujeto se viera afectado por una enfermedad pasajera, en cuyo caso el remedio ordenado evitaba alterar la rutina vital del paciente, y en el caso de los pacientes incurables, no debían ser tratados, a fin de no alargar su vida y junto a ella sus sufrimientos: "Creyó, en fin, que no deben curarse aquellos que por su mala constitución

Una de las cuestiones que interesa destacar de la relación del médico griego con su paciente es la relativa al pago de honorarios. Fue esta una práctica habitual en Grecia, hasta el punto de que la asistencia gratuita sólo se justificaba cuando de devolver un favor se trataba⁽¹³⁾.

1.3. EL JURAMENTO HIPOCRÁTICO.

El Juramento Hipocrático ha tenido una gran peso en el ejercicio de la Medicina a través de los tiempos. Como ya se señaló, existe unanimidad a la hora de afirmar que, a pesar de su denominación, su autor no fue el médico griego Hipócrates, aunque forma parte del conjunto de escritos conocido como *Corpus Hippocraticum*. Su influencia ha sido tal que, aún en la actualidad, es materia de estudio obligada cuando se entra a valorar las obligaciones deontológicas de las profesiones médicas. En muchas facultades de Medicina de todo el mundo sigue formando parte de la tradición la repetición del Juramento por parte de los estudiantes recién graduados.

Existen en el mundo antiguo precedentes de intentos de control de la práctica médica mediante leyes para proteger al enfermo de abusos y malos tratos⁽¹⁴⁾; entre ellos, el Código de Hammurabi, datado en torno al 2.500 a.C., que condenaba con la amputación de ambas manos al médico que, a consecuencia de su intervención,

no pueden aspirar al término ordinario de la vida marcado por la naturaleza, porque esto no es conveniente ni para ellos ni para el Estado."

(13) Cfr. LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Págs 133 y 134. En este sentido, hay que tomar en consideración lo ya establecido respecto a la asistencia diversificada en función de las clases sociales. Parece razonable pensar que si la mejor asistencia era para los ciudadanos de mejor posición económica era porque podían costearla.

(14) GAFO, J. "Los Códigos médicos" en: AAVV. Dilemas éticos de la medicina actual. 1ª edic. Madrid. Edit. Publicaciones de la Universidad Pontificia de Comillas. 1986. Pág. 18

hiciera perder un ojo a su paciente noble, pero ningún otro código o juramento va a alcanzar en el mundo occidental el grado de influencia obtenido por el Juramento Hipocrático, y ello no solo por la propia importancia que tuvo la Medicina griega en los siglos venideros, sino también porque llegada la era cristiana, las prescripciones contenidas en el juramento, salvando la fórmula inicial, fueron compatibles con la ética de este periodo, adoptándose, por consiguiente, en la práctica médica.

Como ha dicho GRACIA ⁽¹⁵⁾, un juramento es un compromiso solemne realizado ante Dios, poniéndole por testigo y aceptando su castigo en caso de transgresión o incumplimiento. En Grecia el juramento religioso es frecuente y dada la vinculación de la actividad médica con lo mágico y lo religioso no es de extrañar el desarrollo en este ámbito de una concepción de la responsabilidad de los profesionales con una índole más moral que jurídica. El Juramento Hipocrático resulta paradigmático en este sentido:

Juro por Apolo médico, por Asklepio, Higía y Panacea, así como por todos los dioses y diosas, poniéndolos por testigos, dar cumplimiento en la medida de mis fuerzas y de acuerdo con mi criterio al juramento y compromiso siguientes.

Tener al que me enseñó este arte en igual estima que a mis progenitores, compartir con él mi hacienda y tomar a mi cargo sus necesidades si le hiciese falta;

Considerar a sus hijos como hermanos míos y enseñarles este arte, si quieren aprenderlo, de forma gratuita y sin contrato o compromiso;

Hacerme cargo de la preceptiva, la instrucción oral y demás enseñanzas de mis hijos, de los de mi maestro y de los discípulos que hayan suscrito el compromiso y estén sometidos por el juramento de a la ley médica, pero de nadie más.

(15) GRACIA, D. Fundamentos de Bioética. 1ª edic. Madrid. Edit. Eudema Universidad. 1989. Pág. 50

**Haré uso del régimen de vida de ayuda del enfermo, según mi capacidad y recto entender.
De daño y de la injusticia le preservaré.**

**No daré a nadie aunque me lo pida, ningún fármaco letal, ni haré semejante sugerencia.
Igualmente tampoco proporcionaré a mujer alguna un pesario abortivo. En pureza y
santidad mantendré mi vida y mi arte.**

**No haré uso del bisturí ni aún con los que sufren del mal de piedra. Dejaré esa práctica a
los que la realizan.**

**Al visitar una casa, entraré en ella para bien de los enfermos, absteniéndome de todo
agravio intencionado o corrupción, en especial de prácticas sexuales con las personas, ya
sean hombre ya mujeres, esclavos o libres.**

**Lo que en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los
hombres, aquello que jamás deba divulgarse, lo callaré teniéndolo por secreto.**

**Sí soy fiel a este juramento y no lo quebranto, seáme dado el gozar de mi vida y de mi arte,
rodeado de la consideración de todos los hombres.**

Pero si lo violo y cometo perjurio, que me ocurra todo lo contrario.

En un análisis formal del Juramento es posible distinguir tres partes: introducción, compromiso propiamente dicho y conclusión. Pero llegar solo hasta aquí sería hacer perder su valor al documento. Es preciso realizar una análisis más detallado del mismo.

Así, en primer lugar, se plantea ante quien se asume el compromiso, o mejor dicho, quien es la autoridad ante la que se asume: *Juro por Apolo, por Asklepio, por Higia y Panacea y por todos los dioses y diosas...*; esta fórmula entronca

directamente con lo que GRACIA⁽¹⁶⁾ ha llamado responsabilidad fuerte o moral que es aquella que se funda en razones extrajurídicas o transjurídicas, morales y religiosas, frente a la llamada responsabilidad débil o jurídica, basada en compromisos contractuales en cualquier momento revisables, anulables o nulos y, que, por tanto, pueden llegar a desaparecer .

La responsabilidad profesional se plantea entonces como algo que trasciende del gobierno de los hombres. El propio origen de la palabra profesional *-professio-* tiene además del sentido de profesión, el de confesión pública, promesa o consagración, convirtiéndose así la profesión en una especie de sacerdocio. Esta idea sirve para explicar la falta de exigencia de responsabilidad a los profesionales de la Medicina hasta fechas recientes. Cuando la responsabilidad es fuerte, no se responde frente a los hombres, sino frente a aquel ante quien se ha asumido el compromiso. Se entiende, de alguna forma, que el talante moral del médico, por las propias características de su ejercicio, no hace precisa la intervención de jueces humanos.

En el cuerpo del documento también se pueden distinguir varios apartados. Así, una primera parte en la que se regulan las relaciones interprofesionales. El juramentado asume compromiso frente a su maestro, frente a los hijos de este y a los suyos propios y frente a los futuros discípulos. Frente a su maestro es un compromiso de respeto que alcanza a procurarle sustento llegado el caso. Con los hijos del maestro, con los propios y los discípulos se asume, fundamentalmente, la obligación de enseñar el arte de la Medicina. Obligación que lleva aparejada la de no transmitir esos conocimientos a ninguna otra persona que no forme parte del grupo señalado.

(16) GRACIA, D. Fundamentos de Bioética Opus cit. Pág. 50 y ss.

El otro gran apartado de obligaciones son las que asume respecto al paciente, y que podemos designar como de índole ético-terapéutico -haré uso del régimen de vida para ayudar al enfermo, negación de la eutanasia o cualquier forma de participación en la muerte de otro mediante la administración de fármacos, el aborto-. Es preciso señalar que a pesar de esta prohibición de practicar el aborto o la eutanasia, y a pesar de la notable influencia que tuvo en épocas posteriores, en esta materia, como ha señalado GAFO⁽¹⁷⁾, el ejercicio de la Medicina en el mundo greco-romano no se inspiró en el Juramento Hipocrático y ni siquiera lo hizo la misma Medicina hipocrática -que admitía el aborto y la eutanasia-. Junto a estas prohibiciones se encuentran deberes ético-profesionales, como el de guardar secreto respecto de las cosas vistas u oídas de las vidas de los hombres con ocasión del tratamiento. Pero este deber de guardar silencio se extiende más allá incluso de la relación terapéutica, ya que se debe callar incluso lo sabido fuera del tratamiento.

También, contiene el Juramento la prohibición de realizar actividades quirúrgicas. Estas no se entienden como parte de la Medicina, aún más, se cree que degradan al médico que las practique. Esta separación entre Medicina y Cirugía se va a mantener a lo largo de los siglos.

La conclusión del Juramento contiene un castigo para aquel que lo incumpla. Se trata evidentemente de una sanción de orden moral no jurídica: *Pero si lo violo y cometo perjurio, que me ocurra todo lo contrario*, es decir, que no le sea dado el gozar de su vida y de su arte, rodeado de la consideración de todos los hombres.

(17) GAFO, J. "Los Códigos médicos" en: AAVV. Dilemas éticos de la medicina actual. Opus cit. Pág. 21

Esa concepción de la sanción moral cuando se vulneran las obligaciones profesionales en el ejercicio de la profesión médica se va a mantener prácticamente inmutable hasta el presente.

1.4. LA EXPANSIÓN DE LA MEDICINA GRIEGA.

Como suele ocurrir con todos los imperios la expansión territorial del imperio griego, implicó también la expansión de su cultura, y, como no, de su Medicina. Las campañas militares de Alejandro Magno llevaron los límites de Grecia en dirección sur a través de Siria y Egipto, donde se fundó Alejandría en el año 332 a.C.

Tenía el Gran Alejandro como hábito el llevar consigo, además de sus ejércitos y colonizadores, hombres de ciencia, entre los que se encontraban médicos. Tal vez consecuencia de esto fue la fundación en Alejandría de una Escuela de Medicina. También contó esta ciudad con una gran biblioteca, a cuyos fondos fue a parar la biblioteca hipocrática de Kos⁽¹⁸⁾.

Cabe destacar de la Medicina alejandrina la circunstancia de que durante un cierto período de tiempo se levantó la prohibición de diseccionar cadáveres. Esta circunstancia permitió que algunos médicos pudieran hacer descubrimientos significativos, lo que supuso un gran avance, especialmente para la anatomía.

(18) RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. 1ª edic. Zaragoza. Edit. Acribia, S.A. 1985. Pág. 20

Muchos de estos descubrimientos fueron verdaderamente importantes para dar una visión distinta del hombre y con ello de la realidad del enfermar. RHODES⁽¹⁹⁾ menciona algunos:

Herofilo y Erasistrato, ambos nacieron unos 330 años a.C. se valieron de esta posibilidad [la disección de cadáveres] y el primero de ellos describió senos venosos del cerebro... También descubrió el duodeno de doce dedos de longitud y de aquí su nombre actual. Contó el ritmo del pulso con un reloj. Erasistrato diferenció el cerebro (parte superior del encéfalo), del cerebelo (parte relacionada con el equilibrio) y estableció la diferencia entre nervios motores y sensitivos para los dos tipos de nervios que penetran separadamente la médula espinal.

Con la aparición del imperio romano se produce el declive del griego, pero no pierde su ámbito de influencia su Medicina, como tampoco lo hace el resto de su cultura, sino más bien al contrario, aunque con cierta dificultad inicial la Medicina griega pasa al mundo romano. Buena prueba de ello lo constituye, como ha señalado LÓPEZ PIÑERO⁽²⁰⁾, el hecho de que el griego permanezca hasta el final de la Antigüedad como el idioma de la Medicina y de la ciencia.

2. LA MEDICINA ROMANA.

El dominio de Roma se extiende desde aproximadamente el siglo I a.C. hasta el siglo VI d.C. y alcanza a la casi totalidad del mundo occidental, además de Egipto. En el mundo romano no existe la tradición científica griega, y en relación con la Medicina existe, incluso, un rechazo a su ejercicio, que se considera no apropiado

(19) RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 20

(20) LÓPEZ PIÑERO. J.M. Medicina, historia y sociedad. Opus cit. Pág. 43

para la dignidad de los ciudadanos romanos, por lo que era habitual que se encomendaran estos trabajos a los extranjeros o a los esclavos.

En el ámbito rural correspondía al *Pater Familias* el cuidado y atención de las enfermedades en su ámbito familiar de influencia. Como señala NÚÑEZ PAZ⁽²¹⁾, se trata de una Medicina basada en el uso de productos naturales, cuya práctica se acompañaba de ritos mágicos mediante los cuales se pretendía obtener el favor de los dioses para propiciar la curación del enfermo.

2.1. LA RECEPCIÓN ROMANA DE LA MEDICINA GRIEGA.

Tras la anexión a Roma de las provincias orientales, incluida Alejandría, comienza a hacerse notar la presencia de la Medicina griega. Sin embargo, esta recepción no es pacífica y, en un primer instante, el médico griego es visto con desconfianza.

Poco a poco comienza a asentarse y echar raíces la Medicina helenística, de tal forma que se puede afirmar que la Medicina científica romana es de procedencia griega⁽²²⁾. El primer médico con prestigio en Roma fue Asclepiades de Prusa (siglo I a.C.) quien, con sus resonantes éxitos, consiguió modificar la actitud de desconfianza de la sociedad romana hacia los médicos griegos. No obstante, otros autores⁽²³⁾ estiman que el primer médico que ejerció en Roma fue el griego Arcágato

(21) NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el Derecho Romano. 1ª edic. Gijón. Edición a cargo de la autora. 1996. Pág. 20

(22) Cfr. RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Págs. 357 y ss. Afirma el autor que son los médicos de origen griego los que ejercen en Roma, especialmente, los que procedían de la Escuela de Alejandría.

(23) Cfr. NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el derecho romano. 1ª edic. Gijón. Edic. a cargo de la autora. 1996. Pág. 20

(218 a.C.). En cualquier caso, son los médicos griegos los que introducen en Roma una práctica médica más técnica, alejada, al menos parcialmente, de los ritos supersticiosos

Asclepiades, en contraposición a Hipócrates, propugna una mayor intervención frente a las enfermedades e introdujo la idea de que la enfermedad es producto de diversas combinaciones de contracción y relajación de las partículas del organismo.

El cambio en la actitud frente a los médicos, que se va operando de manera paulatina, encuentra su generalización en el año 46 a.C. en el que se concedió la ciudadanía romana a todos los médicos instalados en la capital del Imperio, según señala **RIERA**⁽²⁴⁾. Pero la figura estelar de la Medicina del período romano es Galeno de Pérgamo (130-201). Su formación se forjó con los estudios de anatomía en Esmirna y más tarde en Alejandría.

Dada la prohibición de diseccionar cadáveres, que se mantuvo de modo casi permanente hasta el siglo XIV, los conocimientos anatómicos de Galeno son consecuencia de sus disecciones de cerdos, perros y del mono barbary, lo que permite explicar los errores que se produjeron en sus apreciaciones, sin que ello signifique menospreciar sus aciertos.

Su ejercicio profesional le llevó a ser médico de gladiadores en Pérgamo, lo que le dio la oportunidad de estudiar los efectos de la dieta y la gimnasia, así como la función de los músculos y tendones. Tras esta experiencia marchó a Roma, donde realizó algunas curaciones en enfermos de cierta posición social, lo que le permitió

(24) RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Pág. 357

alcanzar fama y le abrió las puertas de la capital del Imperio. Sin embargo, el rechazo social por su mal carácter⁽²⁵⁾ y su falta de adaptación a las costumbres romanas le hicieron regresar a su Pérgamo natal. Años más tarde regresaría a Roma como médico del hijo de Marco Aurelio, no conociéndose con exactitud si su muerte acaeció en Roma o en Pérgamo.

En cualquier caso Galeno debe su paso a la historia a la sistematización de la Medicina helenística por él realizada, que se mantuvo a lo largo de toda la Edad Media, e incluso durante buena parte de los tiempos modernos, la cual se condensa en su obra, muy numerosa⁽²⁶⁾, la mayor parte de la cual está relacionada con temas médicos.

De todo lo expuesto se puede deducir que en el período romano no existe producción médica original, sino que por el contrario se produce lo que **RHODES**⁽²⁷⁾ ha definido como una elaboración y avance de la tradición griega en un contexto diferente. Si hay que reconocer al genio romano lo que podemos entender como una contribución a la sanidad pública llevada a cabo gracias a sus grandes obras de ingeniería: acueductos que recogían el agua limpia y la Cloaca Máxima que recogía las aguas residuales de Roma.

(25) Cfr. GUERRA, F. HISTORIA de la Medicina. Opus cit. Pág. 170. Junto a su prestigio como médico se sitúa su fama de hombre polémico y soberbio

(26) Cfr. GUERRA, F. HISTORIA de la Medicina. Opus cit. Pág. 171. El autor menciona buena parte de la obra conservada de Galeno: 20 textos sobre escritos hipocráticos, 26 sobre temas anatómicos, 28 sobre patología, 22 sobre terapéutica, entre otros.

(27) RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 26.

2.2. LA FORMACIÓN DEL MÉDICO.

En cuanto a la formación de los médicos, se mantiene la dualidad entre médicos prácticos y teóricos, entre los que aprendían de un maestro o en las escuelas médicas griegas de las colonias del Asia Menor y los que lo hacían empíricamente, a través del propio ejercicio.

Se debe al mundo romano las primeras medidas encaminadas a reglamentar el ejercicio profesional, que hasta ese momento se había producido de forma totalmente libre. Así, **RIERA**⁽²⁸⁾ señala que bajo el gobierno de Marco Antonio -del 43 al 31 a.C.- se limitaba el número de profesionales que podían ejercer en una localidad, según su población e importancia, siendo competencia del Consejo Municipal limitar la admisión de profesionales, mientras que en Roma correspondía al emperador el otorgar autorizaciones para el ejercicio de la profesión.

Bajo el gobierno de la dinastía de los Severos comienzan a aparecer los primeros *collegia* o asociaciones de médicos, encargados de controlar el ejercicio de la profesión y la enseñanza de la Medicina. En este mismo deseo de ordenar el ejercicio profesional, un rescripto del emperador Caracalla contempla la posibilidad de retirar la licencia al médico en bien de los ciudadanos.

No obstante, como afirma **NÚÑEZ PAZ**⁽²⁹⁾, la existencia de los *collegia* no debe llevar a la consideración del ejercicio de la actividad médica y de su enseñanza como una actividad reglada. Por el contrario, el ejercicio de la Medicina en Roma era

(28) RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Pág. 357.

(29) NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el derecho romano. Opus cit. Pág. 28 y ss..

una actividad enteramente libre para la que no se requería titulación alguna. Tanto es así, que se puede afirmar que los romanos no se ocuparon de definir quién era médico y qué requisitos debían cumplir aquellos que se dedicaran a esta actividad. En este sentido, eran diversas las denominaciones que recibían los profesionales de la Medicina: *medicus*, *clinicus*, *circulator*, *archiatras*, etc.

Al contrario que en Grecia, donde la "Medicina general" fue la comúnmente practicada, proliferan en Roma los "especialistas" como el *ophthalmucus* u *ocularius*, *pigmentarius* (nombre con el que se conocía a aquellos que se dedicaban a la farmacia, pero solo en lo que se refiere a la ejecución de las prescripciones médicas), *vulnerarius* (especialista en heridas y llagas que trataba a los gladiadores), y algunos otros.

2.3. LA PRACTICA MÉDICA EN ROMA

La situación social del médico en Roma fue diversa. Señala LAÍN ENTRALGO⁽³⁰⁾ la existencia de esclavos médicos bajo la dirección de un *superpositus medicorum*, cuya misión era la atención a las clases más humildes. En mejor situación que estos se encontraban los médicos libertos. Parece probable que estas categorías de médicos correspondan a un primer período, donde se entendía que la práctica de la Medicina era denigrante para el ciudadano romano. Asimismo, se consideraba que los especialistas realizaban actividades de menos valor que las del médico propiamente dicho.

También existieron en Roma médicos contratados para determinados cometidos, tales como la atención a gladiadores -este fue el caso de Galeno-, el

(30) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 130.

cuidado de los soldados, etc. . Aunque ya se ha dicho que Galeno fue llamado para ser médico del hijo de Marco Aurelio no se puede afirmar que con carácter oficial hubiera sido nombrado médico de palacio. Acaso fue Alejandro Severo (s. III d.C.) quien por primera vez nombró un *medicus palatinus* oficialmente remunerado⁽³¹⁾.

En cuanto a las características de la asistencia, se mantiene e incluso se potencia la distinta atención a la enfermedad según la clase social del paciente, de tal forma que podían apreciarse tres niveles asistenciales: el dirigido a los esclavos, que era procurado por otros esclavos, el de los ciudadanos libres y pobres y el de los extranjeros, que en muchos casos correspondía a médicos contratados para tal fin en algunas ciudades⁽³²⁾. En este nivel de atención se pueden situar los *valetudinaria*, que eran centros de acogida y asistencia a soldados ancianos e inválidos. Por último, la asistencia a los ciudadanos romanos ricos correspondía a los médicos de mayor prestigio.

2.4. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL.

Al genio jurídico romano se deben las primeras sanciones por muertes ocasionadas por negligencia médica en el mundo occidental⁽³³⁾. Señala **MARTÍNEZ-PEREDA**⁽³⁴⁾ que estos supuestos de daños a los pacientes figuran en las fuentes jurídicas romanas como actos verdaderamente criminales, a los que se les aplicaba la ley del homicidio y se conminaba con graves penas. En este sentido, sirva de ejemplo

(31) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 131.

(32) RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina Opus cit. Pág. 27.

(33) Ya se ha hecho mención al precedente que en esta materia supone el Código de Hammurabi.

(34) MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. La responsabilidad penal del médico y del sanitario. 1ª edic. Madrid. Edit. Colex. 1.990. Pág. 24.

la *Lex Cornelia de Sicariis et Veneficiis* y la *Lex Pompeia de Parricidiis* que contemplan, en su posterior desarrollo jurisprudencial y por vía de senadoconsultos distintos supuestos punibles de actuaciones médicas.

Sin embargo, al ser la intencionalidad (como *animus necandi*) un requisito indispensable del delito de homicidio, posteriormente se separa la actuación negligente de tal delito. La responsabilidad del médico aparece en el supuesto de abandono en los cuidados, por impericia o por la administración inoportuna de algún medicamento. Igualmente existe responsabilidad para el cirujano cuando opera mal o abandona a su paciente después de la intervención.

Se trata de supuestos de responsabilidad extracontractual que, como ha dicho NÚÑEZ PAZ⁽³⁵⁾, tienen su origen en el marco de determinadas conductas delictivas:

Toda reclamación surge como penal y el acto ilícito hace nacer dos acciones distintas, una con carácter civil, que consiste en el resarcimiento del daño y otra de carácter penal que conlleva la aflicción del reo.

La *Lex Aquilia* da amparo a ambos tipos de acciones. Ahora bien, dada la fuerte desigualdad social existente en Roma, se plantea la posibilidad por diversos autores⁽³⁶⁾ de que dicha ley fuera de aplicación cuando el daño producido recayera sobre un esclavo, de tal manera que se indemnizaba al propietario del mismo por un

(35) NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el Derecho Romano. Opus cit. Pág. 89

(36) Cfr. entre otros: LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos 1ª edic. Madrid. Edit. Trivium. 1998. Págs. 10 y ss.; MARTÍNEZ CALCERRADA, MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M. La responsabilidad penal del médico y del sanitario. Opus cit. Pág. 25; NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el Derecho Romano. Opus cit. Págs. 90 y ss.

daño sufrido en su propiedad, mientras que cuando el daño era ocasionado a un hombre libre, sería la acción de locación la que permitiría el resarcimiento.

Sin embargo, esta cuestión no es pacífica por cuanto que se plantea cuales serían las características del contrato de arrendamiento. En este sentido NÚÑEZ PAZ⁽³⁷⁾ formula la tesis de que el ámbito contractual más adecuado al trabajo médico es el de la *locatio conductio* en sus dos formas, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*.

El primero de los contratos sería el que formalizaría un hombre libre dedicado al ejercicio de la Medicina y el segundo correspondería a libertos y esclavos. La afirmación reseñada tiene su fundamento -siempre según la citada autora- en que en la *locatio conductio operarum* el médico carece de un saber especializado y está en relación de dependencia con el enfermo -*locator*-, quien "coloca" su propio cuerpo o el de otro para ser curado. En el segundo caso el médico -*conductor*- si posee un saber especializado y su prestación tiene un contenido único, proporcionar la curación del *locator*. De esta forma, mientras que el médico esclavo o liberto solo está obligado a prestar los medios, el médico libre está obligado a alcanzar resultados.

En cualquier caso, interesa dejar señalada la idea de que si bien la Ley Aquilia, con carácter general, va a dar cobertura a la mayor parte de las reclamaciones que se produzcan por los daños infringidos por los médicos a sus pacientes, otras formas de reclamación como la acción de locación, también fueron usadas por los romanos.

(37) NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el Derecho Romano. Opus cit. Págs. 90 y ss.

2.5. LA DECADENCIA DEL IMPERIO. BIZANCIO

La decadencia romana comienza con el traslado de la capital del imperio a Bizancio. Entre los factores que condicionaron este desplazamiento de la capitalidad se cree que están los de orden sanitario⁽³⁸⁾, ya que enfermedades como la malaria, la peste y el tifus se cebaron en la población romana.

La Medicina bizantina tuvo como principal mérito el de conservar a lo largo de toda la Edad Media las más importantes obras de la Medicina griega clásica en su lengua original, pero poco más se puede atribuir a este período

Existieron en Constantinopla escuelas médicas, manteniendo su fama las de Alejandría y otras ciudades del Asia Menor y, si bien seguía sin existir una titulación oficial, si se aproximaron al reconocimiento de la actividad formativa desarrollada en ellas. Afirma LAÍN ENTRALGO⁽³⁹⁾ que bajo la dinastía de los Comnenos (siglo XII) se emitía un diploma o *symbolon* consecutivo a un examen de suficiencia técnica. Asimismo, existe constancia de la existencia de corporaciones médicas de carácter profesional en la época de Justiniano (siglo VI), manteniéndose así la tradición ya iniciada con los *collegia* o asociaciones médicas romanas.

Como figuras destacadas de la Medicina bizantina cabe señalar a Oribasio (325-403), formado con Zenón en Chipre, que mostró un gran interés y conocimiento de los textos de los médicos griegos clásicos. Igualmente, Pablo de Egina, médico formado en Alejandría, recoge la práctica griega clásica en el *Epítome*, el cual se

(38) RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 27

(39) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 149

divide en siete libros que contienen materias diversas, entre ellas, en el Libro V, cuestiones de toxicología (ponzoñas).

Un hecho va a marcar diferencia, al menos formal, en la práctica de la Medicina bizantina y es que se trata de una sociedad profundamente cristiana. Esta circunstancia va a permitir que aún manteniéndose el esquema ternario de asistencia médica diferenciada en función de las clases sociales (ciudadanos ricos, ciudadanos pobres y esclavos), se plantee una ayuda al enfermo de las clases menos privilegiadas en términos de beneficencia y caridad, lo que da lugar a que algunos grandes médicos, al servicio habitual de los poderosos, dediquen parte de su tiempo a la atención de los enfermos menesterosos. Estos eran generalmente atendidos en hospitales, algunos tan importantes como el de los Cuarenta Mártires, fundado en el siglo XII por los emperadores Comnenos, aunque el precedente se halla en el primer hospital fundado hacia el 370 por Basilio el Grande cerca de Cesarea⁽⁴⁰⁾.

En realidad se podría establecer un precedente remoto de los hospitales en los templos dedicados al culto de Asklepiades, donde se hacía dormir a los pacientes, a fin de que los dioses vinieran en sueños y les revelasen una cura para su enfermedad. Los *asklepeia* fueron clausurados por Constantino en el año 335 por ser centros de culto pagano. Ahora bien, hubo entre los bizantinos médicos cristianos y médicos paganos y la atención de estos últimos a los pacientes pobres se basó en la filantropía.

(40) JETTER, D. "Los hospitales de la Edad Media" en LAÍN ENTRALGO, P. Historia Universal de la Medicina. Vol 3. 1ª edic. Madrid. Edit. Salvat. 1972. Pág. 280

3. LA MEDICINA ISLÁMICA.

Según GUERRA⁽⁴¹⁾ la Medicina islámica surgió en el siglo VII como una manifestación cultural nacida entre los grupos tribales árabes. No obstante la expansión de Islam producirá el contacto entre la Medicina beduina con otras formas de Medicina científicas superiores, especialmente la griega, cuya tradición, desde Hipócrates a Galeno y otros autores, recogen, conformando un suerte de ciencia que ciertamente puede entenderse de calidad, pero manteniendo en su ejercicio y enseñanza un profundo sentido religioso. En este contexto surge el *hakim*, médico filósofo que en el ejercicio de la Medicina busca la sabiduría y es guiado por elevadas normas éticas

3.1. LA FORMACIÓN DEL MÉDICO

La Medicina se aprendía al lado del maestro en una primera instancia, siendo parte indispensable del aprendizaje, junto a la materia médica, la formación religiosa y filosófica. Con el tiempo, esta enseñanza fue llevada a cabo en academias profesionales. El desarrollo del Islam y su extensión dio como resultado que se crearan *madrasas* o escuelas dentro de las mezquitas, donde los estudiantes aprendían el Corán junto a otras disciplinas. El método de enseñanza consistía en la memorización por parte de los alumnos de los textos, para después pasar a su discusión.

Un hecho importante fue la creación de la Casa de la Sabiduría en el siglo IX a la que siguieron otras instituciones de enseñanza, lo que permitía sacar de las

(41) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit, Pág. 185

mezquitas la enseñanza de la Medicina. En esta línea, academias en el Cairo y otras ciudades, comenzaron a enseñar Medicina de acuerdo a planes de estudios, con prácticas en hospitales, así como en jardines botánicos, lo que les permitió enriquecer su farmacopea.

Como excepción a la concepción religiosa de la Medicina islámica se encuentra la figura de Rhazes (854-925). Comienza sus estudios de Medicina a la edad de treinta años y tras una sólida formación clínica regresa a Ravy como director del hospital. La manifestación del rechazo de Rhazes al principio de la autoridad absoluta en materia de religión y de ciencias es expresado en el texto *Dudas sobre Galeno*, donde indicó que en los Hospitales de Baghdad y Ravy había encontrado que en la mitad de los casos sus observaciones sobre enfermos febriles no estaban de acuerdo con los resultados de Galeno⁽⁴²⁾

El más famoso de los médicos árabes fue Avicena (980-1073), cuya precocidad en el ejercicio de la profesión (comenzó a los 16 años) fue notable. Su obra principal es el *Libro del Canon de la Medicina*, impreso por primera vez en Milano (1473) y ha sido uno de los textos de mayor influencia en la Medicina⁽⁴³⁾.

Destaca también la figura de Albucasis (936-1013), nacido en Córdoba. Aunque más conocido como cirujano, cuenta con una *Enciclopedia Médica* en treinta

(42) Cfr. GUERRA, F. *Historia de la Medicina. Tomo I*. Opus cit. Pág. 194. Parece excesivo concluir de esta afirmación de Rhazes su rechazo a la autoridad de la religión. No obstante es probable que por la edad en que inicia sus estudios, y dada su anterior formación como filósofo, que mantenga una actitud más crítica frente a la penetración de la religión en la práctica médica que los otros médicos del período

(43) GUERRA, F. *Historia de la Medicina. Tomo I*. Opus cit. Pág. 198. También nos cuenta el autor de otras actividades desarrolladas por el genio prolijo de Avicena. Así, fue jurista, visir, maestro de las ciencias y funcionario.

tratados, en los que se abordan materias diversas: Medicina, Obstetricia, Terapéutica y Psicoterapia, entre otras.

También nacido en Córdoba, en el seno de una familia de juristas, fue Averroes, también llamado el *Comentador*, autor de diversos estudios filosóficos sobre Aristóteles. El principal de sus textos médicos fue el *Liber Universalis de Medicina*, cuyo contenido es de carácter general, siguiendo en gran medida las doctrinas de Galeno.

3.2. LA PRÁCTICA MÉDICA EN EL ISLAM

Una de las principales contribuciones médicas del Islam, fue la fundación de diversas casas para enfermos. La estructura y función de estos hospitales era muy similar a la de los actuales hospitales clínicos, estando la administración separada de la dirección facultativa.

En el hospital de Bagdad existían salas destinadas a las diversas especialidades (ojos, fiebres y cirugía), y los médicos visitaban a sus pacientes acompañados por los estudiantes de Medicina. Cabe destacar, como supuesto especial de estas casas para enfermos, los establecimientos dedicados a los enfermos mentales más peligrosos, que eran visitados una vez al mes por el médico

El Imperio Musulmán entró en decadencia en el siglo XIII, como ya anteriormente lo habían hecho el griego y el romano.

4. LA EDAD MEDIA.

Situar en el tiempo el período que abarca la Edad Media no es cuestión simple. No obstante, sin gran controversia, se puede estimar en el período que abarca entre el 500 hasta el 1.500, es decir, entre la caída del Imperio Romano y el comienzo del Renacimiento.

La Edad Media se dibuja como un período oscuro, prácticamente sin producción propia. No obstante, a efectos de esta investigación cabe destacar, como ya se expondrá más detenidamente, la creación de las primeras universidades, con las repercusiones futuras que ello tendrá en la enseñanza y práctica de la Medicina.

4.1. LA RECEPCIÓN DEL SABER MÉDICO

La recepción, entre otros, de los saberes médicos greco-latinos se realiza en la Alta Edad Media en los monasterios. La intención monacal inicial fue realizar una suma de dichos conocimientos para lo cual fueron traducidos al latín, creándose obras enciclopédicas.

Esta actividad enciclopedista se inicia en el 537 con Flavio Magno Aurelio Cassiodoro Senador, que siendo prefecto de Teodorico el Grande había redactado las *Normas para los Médicos de la Corte*, donde se explicaban los derechos y deberes de los médicos.

Tres hechos importantes van a constituir un hito en la historia de la Medicina medieval:

1º. La fundación del Monasterio de Monte Casino en 529 por San Benito, el cual, de acuerdo a la Regla Benedictina, se dedica preeminentemente a los enfermos.

2º. La coincidencia de la fundación benedictina con las decisiones de los Concilios de Orleans (533) y Narbonne (589) que prohíbe la ordenación de sacerdotes analfabetos.

3º. Un tercer hecho se une en apoyo de los dos anteriores: para dar cumplida satisfacción a la orden de atender a los enfermos se crean hospitales junto a los monasterios.

Este cúmulo de circunstancias va a dar lugar, de una parte, a la aparición de los primeros centros de formación médica medievales, y de otra, a la llamada Medicina monástica, término con el cual, como ha indicado RIERA⁽⁴⁴⁾, se designa la actividad científica y la práctica clínica realizada, sobre todo en la Alta Edad Media, por los religiosos.

Algún autor⁽⁴⁵⁾ ha visto en la obra de Martianus Capella *De Nuptiis Philologiae et Mercurii et de Septem Artibus Liberalibus* el origen de la integración académica de la Medicina en la educación medieval. No obstante, la incorporación de la Medicina a las artes liberales tuvo lugar cuando Isidoro de Sevilla la incluyó en las *Etymologiae*, a pesar de lo cual no empezó a enseñarse de forma sistemática en las escuelas monásticas hasta el siglo VIII y hay que esperar hasta el siglo IX para que

(44) RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Pág. 360

(45) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 216

la Medicina entre a formar parte del *quadrivium*⁽⁴⁶⁾ como una porción de la *Physica*. Aquí precisamente está el origen de la denominación de *physicos* que recibieron los médicos en algunos países del mundo latino medieval y tal vez la denominación genérica anglosajona de los mismos (*Physician*) que aún perdura en nuestros días.

La existencia de una Medicina eminentemente practicada por monjes y estudiada en los claustros no excluyó que junto a ella, aunque en menor proporción, existiera un ejercicio laico. Este último es poco conocido por cuanto que, prácticamente, no nos han llegado noticias relativas a la formación de los médicos, sus conexiones con la Medicina monástica y quienes la ejercían, así como el alcance social que pudo tener la Capitular de Thionville (805) en la que Carlomagno prescribe la enseñanza regular de la Medicina y prohíbe las prácticas supersticiosas, a pesar de lo cual continuaron⁽⁴⁷⁾.

4.2. LA FORMACIÓN DEL MÉDICO EN EL MEDIEVO.

En esta situación y en el puerto de Salerno, próxima al monasterio de Monte Casino, se crea la Escuela de Salerno, que va a constituir un hecho notable para la Medicina. Su origen está envuelto en leyenda, diciéndose que en el mismo participaron cuatro médicos, uno griego, otro latino, el tercero árabe y el último judío. Parece acertado pensar que en esta diversa fundación se esconde más bien las distintas influencias que recibió la Medicina que se enseñaba en Salerno y que denotan la aparición en un contexto secularizado, de una Medicina laica. Es de destacar que

(46) El *quadrivium* incluía aritmética, geometría, astronomía y música, y constituyó el punto de partida para el estudio de la *physica*, y más tarde, por ella, de la Medicina.

(47) Cfr. LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 191

en la Escuela salernitana también se enseñó a mujeres, siendo Trótula la más famosa de sus discípulas.

Aún con el precedente de Salerno, el tránsito de la Medicina monástica a la secular trae su causa, entre otras, en la propia Iglesia Romana que, como señala **RIERA** ⁽⁴⁸⁾ no vio con buenos ojos esta actividad médica de los monjes. Es por ello que a medida que avanza la Alta Edad Media se van dictando normas que prohíben ejercer la Medicina a los religiosos, alcanzando su culmen en el Concilio de Letrán (1215), especialmente en relación con la práctica de la cirugía.

La fecha exacta de la fundación de la Escuela de Salerno no ha podido ser precisada⁽⁴⁹⁾, pero es conocido que en el año 904 estaba ya altamente considerada⁽⁵⁰⁾. Ya a comienzos del siglo XII la enseñanza de Salerno contaba con una estructura organizada, existiendo varios médicos regidos por un decano. El nombre más destacado de este período es el de Alfano, Arzobispo de Salerno desde 1.058.

Una figura crucial para la Escuela de Salerno fue Constantino el Africano, el cual estaba dedicado al comercio de las drogas procedentes del Oriente. Este continuo deambular por Siria, Egipto, Etiopía y la India, entre otros países, le permitió reunir un gran número de manuscritos de tema médico, probablemente a petición de Alfano, a quien conoció. Este hecho, junto a su conocimiento del griego, el árabe y el latín le permitió traducir muchos de aquellos textos. Gracias a ellos pudo

(48) RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Págs. 360 y ss.

(49) Cfr. GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 221. Es conocida su existencia desde el 820, pero su fundación parece ser anterior.

(50) LYONS, A. y PETRUCCELLI, R. Historia de la Medicina. 1ª edic. Barcelona. Edit. Doyma. 1.991. Pág. 319

entrar en una fase nueva y definitivamente técnica el saber médico de Salerno, y con él toda la Medicina de Europa.

El *Regimen Sanitatis Salernitatum* es el texto más conocido de la Escuela Salernitana, y en él se abordan cuestiones relativas a la higiene, dieta y hábitos de vida recogidos por la experiencia de los maestros de la Escuela a lo largo de los tiempos. También se debe a Salerno la primera obra quirúrgica del medievo, la *Practica Chirurgiae* de Ruggero Frugardi, lo cual es natural consecuencia del hecho de que en Salerno se estudiaba, como parte de la Medicina, la Cirugía, circunstancia esta que no fue práctica común en este período, en el que se mantenía la concepción griega de separación entre médicos y cirujanos, a los que se consideraba de inferior categoría⁽⁵¹⁾.

Salerno mantiene su dominio sobre la enseñanza de la Medicina hasta el saqueo de la ciudad por Enrique VI en 1194. No obstante, antes de su declive, hacia 1140, Rogerio II de Sicilia dicta las primeras normas legales sobre el ejercicio profesional y más tarde Federico II prohibió el ejercicio de la Medicina a quienes no hubieran superado antes un examen realizado por maestros salernitanos, a pesar de la situación de decadencia en que había entrado ya la Escuela.

Asimismo, estableció como requisito para ser admitido en aquella que los aspirantes tuvieran como mínimo veintiún años y hubieran cursado estudios de lógica, al menos durante tres años. La formación tenían una duración de cinco años, debiendo estudiarse durante ellos los textos originales de Hipócrates y Galeno. Tras ese quinquenio se accedía al examen y los que lo superaban debían prestar juramento.

(51) Conviene recordar lo que, en este sentido, establecía el Juramento Hipocrático.



LÓPEZ PIÑERO⁽⁵²⁾ recoge los argumentos en los que Federico II sustenta estas medidas de control:

Teniendo en cuenta la gran pérdida y el daño irreversible que puede venir de la impericia de los médicos, disponemos que, en adelante, ningún aspirante al título de médico se atreva a ejercer o a curar.

Para aquellos que vulneraban estas disposiciones la sanción consistía en la confiscación de sus bienes y un año de cárcel.

También se establecen medidas de control respecto a los cirujanos, para los cuales, como medida para favorecer la salud, se imponen ciertas restricciones a su ejercicio profesional:

Para favorecer la salud, disponemos también que no se permita ejercer a ningún cirujano si no presentan documentos de maestros que enseñen Medicina, que testimonien que han estudiado al menos un año la parte de la Medicina relativa a las cuestiones quirúrgicas, y, sobre todo, que han aprendido en las escuelas anatomía humana⁽⁵³⁾ y que tiene buena preparación en esta parte de la medicina, sin la cual no se pueden realizar operaciones con provecho para el enfermo ni curar las heridas⁽⁵⁴⁾.

(52) LÓPEZ PIÑERO, J.M. Medicina, historia, sociedad. 3ª edic. Barcelona. Edit. Ariel. 1.973. Pág. 90

(53) Es conocido que la Escuela Salernitana incluyó disecciones anatómicas como parte de la educación médica. Estas disecciones manteniendo la prohibición de trabajar con cadáveres humanos, se hizo, fundamentalmente, sobre cerdos.

(54) Constitutiones Regni Siciliae 1231 y Nova Constitutiones. Edit. por Humillar-Brécoles; cit. por: LÓPEZ PAÑERO, J.M. Medicina, historia y sociedad. Opus cit. Pág. 91

Esta iniciativa reguladora también va a alcanzar a la Península Ibérica, de tal manera que en el Reino de Aragón, y probablemente por el influjo italiano, Jaime I, hacia 1272, prohíbe la práctica de la Medicina a quienes, judíos o cristianos, no hubiesen sido examinados, según señala **IBORRA**⁽⁵⁵⁾.

También en el Reino de Aragón, Alfonso III dispone, en las Cortes de Monzón, que los médicos y cirujanos se sometan a examen para proceder a su ejercicio profesional, siendo los prohombres de cada lugar, los encargados de realizar dicha prueba.

En Castilla, Juan I, dicta un Real Decreto por el que nombra a los médicos reales *alcaldes mayores examinadores*, y ello con la doble intención de sacar a sus reinos del atraso en que se encontraban en materia de Medicina y proteger a los clientes de los médicos.

Más adelante, hacia 1371, las Cortes de Toro se pronuncian en parecido sentido estableciendo la necesidad de realizar un examen para obtener la "carta" que permitía el ejercicio al médico y de igual manera se había de proceder con el cirujano. Estas normas conforman el antecedente histórico de una institución que va a tener gran perdurabilidad en España, el Protomedicato.

A medida que Salerno comienza su declive empieza a brillar con luz propia otra escuela fundada en el siglo XII, la de Montpellier⁽⁵⁶⁾, que en 1180 obtiene

(55) IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Edición, introducción e índices de RIERA, J y GRANDA-JUESAS, J.. Valladolid. Edit. Secretariado de Publicaciones. 1.987. Pág. 9

(56) No es pacífica la determinación de la fecha de fundación de Montpellier. Para este trabajo se ha tomado la fecha fundacional dada por Lain Entralgo, por ser la que más datos aporta al respecto. Lyons y Petrucelli adelantan la apertura de la Escuela de Montpellier al siglo

privilegios de Guillermo VIII para enseñar Medicina, convirtiéndose en precedente de la Universidad del mismo nombre.

En Montpellier surgió un centro de cultivo de los saberes médicos equiparable al de Salerno, que a fines del siglo XII contaba con sus propios estatutos propios. Figura destacada de Montpellier fue Bernardo de Gordon, que desarrolló su labor docente en esta escuela por espacio de veintiséis años, siendo autor de un texto muy leído durante la Baja Edad Media y el Renacimiento, el *Lirio de la Medicina*.

Se inicia así en el siglo XII lo que ha sido calificado como un despertar intelectual⁽⁵⁷⁾, al que le resulta demasiado estrecho el marco de las escuelas catedralicias y monacales.

La institución universitaria fue denominada, en un principio, *Estudio General*, siendo el lugar donde se impartía una enseñanza superior, mientras que el término *Universidad* se reservó para la agrupación de maestros que allí desarrollaban su labor docente, o para la asociación de alumnos que allí estudiaban, pero con el paso del tiempo ambos términos se aplicaron de forma indistinta, tanto al lugar e instalaciones físicas donde se impartía enseñanza superior como a la corporación de maestros y alumnos.

Se inicia un proceso, imparable ya, de profundización y rigor de las enseñanzas médicas con la creación de distintas universidades en Europa a lo largo

VIII o IX, lo que la haría coetánea a la de Salerno, lo cual no parece probable.

(57) GARCÍA Y GARCÍA, A. Los estudios jurídicos en la Universidad medieval 1ª edic. Salamanca. Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Salamanca. 1.972. Págs. 143 y 169.

de los siglos XIII y XIV: Bolonia, París, Oxford, Salamanca⁽⁵⁸⁾, Cambridge, Nápoles, Tolosa, Padua, Viena, etc.

La fundación de las universidades podía ser eclesiástica, como la de París; real, como la de Oxford; o de creación privada y municipal, como fue el caso de Bolonia. No obstante, a pesar de la importancia que este fenómeno fundacional tuvo, debe ser matizada, advirtiendo, como hace notar LAÍN ENTRALGO⁽⁵⁹⁾, que en un principio la situación de la Medicina y de su estudio no es uniforme en ellas.

Más adelante, todas adoptaran un modelo similar, contando con cuatro Facultades: Teología, Derecho, Medicina y Artes. Los estudios se iniciaban en esta última con tres cursos de gramática y cuatro de artes, lo que tras superar el correspondiente examen les permitía obtener el bachiller en artes, y con ello el ingreso en las facultades de Teología, Derecho o Medicina. Tras realizar los estudios pertinentes y los exámenes respectivos se podían obtener los títulos de licenciado y doctor en Medicina. En algunas universidades se exigió un período de práctica hospitalaria, no inferior a seis meses, antes de iniciar el ejercicio profesional.

(58) Aunque es creencia común que Salamanca es la primera universidad fundada en España, Elena Sánchez Movellan lo cuestiona en "Los inciertos orígenes de la Universidad de Valladolid" Estudios sobre los orígenes de las universidades españolas, Valladolid. Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. 1.988. En él afirma que la primera universidad creada en nuestro país fue la de Palencia, "por Alfonso VIII y por el Obispo D. Tello entre los años 1208 y 1214.

En sentido contrario se pronunciaba en 1.916 Giner de los Ríos: "Aquella [por la Universidad de Salamanca], aunque se quiera acentuar la importancia del efímero ensayo de los Estudios de Palencia, fundados por Alfonso VIII en 1212 (?), y que duraron unos cuarenta años, fue la que primero llegó a constituirse aquí en Estudio general e internacional". GINER DE LOS RÍOS, F. Escritos sobre la Universidad Española. Madrid. Espasa-Calpe. 1.990. Pág.46.

(59) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 200

Algunas diferencias se mantuvieron entre las universidades medievales, las relativas a su modo de gobierno. En unas primó el gobierno de los estudiantes (*universitas scholiarium*), como Bolonia, que era dirigida por un rector directamente elegido por los estudiantes, ejemplo que siguieron las universidades de Pádova y Siena; en otras, por el contrario, primó el gobierno de los maestros (*universitas magistrorum*), como ocurrió con Oxford y Cambridge.

En general, accedían a los estudios universitarios los hijos de la naciente burguesía, los segundos hijos de las casa nobiliarias o los hidalgos de la baja nobleza. Está claro que al vulgo, en esta época, les están vedados los estudios universitarios.

El método de estudio seguido en todas ella fue el escolástico, dominante en el medievo, y que consistía en la memorización y discusión del texto lectivo (tal y como antes habían hecho los árabes). Sin embargo, a comienzos del siglo XIV se introdujo un elemento que cambió significativamente las enseñanzas de la Medicina: la práctica de disecciones en cadáveres humanos, cuyo origen estuvo en Bolonia, a manos de Varignana en 1302, aunque su práctica ya había sido sugerida en la misma Universidad por Tadeo Alderotti, junto con el examen post-mortem.

No obstante, la contribución más importante que hizo este último a la Medicina fue la introducción de textos médicos denominados *Consilia* consistentes en una colección de casos clínicos con recomendaciones para su curación, cuyo estilo dialéctico dominó por más de tres siglos. Estos *Consilia* o consejos van a permitir al estudiante de Medicina y al joven médico entrar en contacto con la realidad individual del enfermo y su tratamiento, paliando, de esta manera, su escasa práctica.

Más adelante, siguieron a Bolonia en la práctica de disecciones las universidades de Montpellier y Pádova. El *Tratadito de Anatomía*, cuyo autor fue

el profesor de Bolonia Mondino de Luzzi (1275-1326), es el primer texto que contiene referencias explícitas a dicha práctica, según indica LÓPEZ PAÑERO⁽⁶⁰⁾. La disección de cadáveres y, por ende, el incremento del conocimiento de la anatomía humana van a dar como resultado que se produzca un impulso notable en la Cirugía.

París y Bolonia fueron el marco urbano de estos avances en el saber quirúrgico y en la técnica operatoria. Prueba de ello es la defensa de la unificación de la Medicina y la Cirugía que realiza Lanfranco de Milán (formado en Bolonia) en su obra *Cirugia Magna*, concluida en 1296. De esta forma, se producen los primeros intentos de algo que tardará aún muchos siglos en producirse: la unificación de la Medicina y la Cirugía.

Uno de los más señalados cultivadores de la práctica quirúrgica en el medievo fue Guy de Chauliac (1300-1370), el único que en este período reúne en un mismo profesional la condición de médico y cirujano. Fue médico de cámara del Papa Clemente VI, siendo su condición de sacerdote la que dio lugar a este nombramiento, ya que además de actuar como médico lo hacía también como capellán.

La obra principal de Guy de Chauliac es *Chirurgia Magna*⁽⁶¹⁾ y en ella es de destacar la conducta quirúrgica recomendada ante las heridas:

Quitar las cosas extrañas de la herida, juntar las partes distanciadas, conservar las partes reformadas y la sustancia del miembro y finalmente corregir los

(60) LÓPEZ PAÑERO, J.M. Medicina, historia y sociedad. Opus cit. Pág. 73

(61) Esta obra recibió primeramente el nombre de *Inventarium Sive Collectorium In Parte Chirurgicale Medicina* y en su primera impresión en francés (1478) se le denominó *De La Practique De Cyrurgie*, pasando a llamarse en sus posteriores impresiones *Chirurgia Magna*.

accidentes como la inflamación, los apostemas, el espasmo y otras complicaciones⁽⁶²⁾.

A pesar de la mayor formación de los cirujanos, en ningún caso permitió la unificación de Medicina y Cirugía. Siguiendo el criterio ya existente en el mundo griego, el médico universitario no practicaba la cirugía. Este hecho fue potenciado por la aparición en la Edad Media de una forma de organización profesional, los gremios.

4.3. LOS GREMIOS

La idea de fomentar las agrupaciones gremiales no puede decirse que sea una idea enteramente original del medievo europeo, existiendo precedentes en el Islam medieval⁽⁶³⁾ de una clara tendencia a organizar el estamento médico en corporación colegiada, con el fin de defender sus intereses profesionales. El objetivo que se proponían estas asociaciones profesionales medievales era controlar el ejercicio profesional, especialmente para no romper el equilibrio entre la oferta y la demanda y para mantener el ejercicio monopolístico de la actividad intervenida. ESCUDERO⁽⁶⁴⁾ apunta el origen y evolución de estas asociaciones:

Las corporaciones de artesanos surgieron probablemente en España bajo la forma inicial de cofradías, que agrupaban con un fin piadoso a quienes ejercían el mismo oficio. Bajo la advocación del santo patrón, la cofradía lleva a cabo una serie de actividades profesionales, pero organiza además la asistencia y previsión social de

(62) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I Opus cit. Pág. 246

(63) Cfr. RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Pág. 367. También esta misma tendencia se puede apreciar en los *collegia* romanos

(64) ESCUDERO, J.A. Curso de Historia del Derecho. 2ª edic. Madrid. Edic. a cargo del autor. 1995. Pág. 365

sus miembros. Con el transcurso del tiempo, los objetivos religiosos y benéficos quedan en segundo plano, acentuándose en cambio la defensa de los intereses mercantiles y el control de la calidad, precio y competitividad de los productos, con lo que la corporación se configura como casta cerrada que monopoliza un determinado oficio, cuyo aprendizaje y práctica sólo puede realizarse dentro de ella.

Uno de los criterios de agrupación en gremios era el de la similitud de las herramientas usadas por los profesionales que trabajaban en ellos. De esta forma, compartían organización con los cirujanos, los barberos, mientras que en el gremio de los médicos se encontraban los artistas y boticarios y ello por el uso común de polvos en su actividad. Esta relación entre médicos y artistas va a ser, como han señalado LYONS y PETRUCELLI⁽⁶⁵⁾, un elemento importante a principios del Renacimiento en el progreso del conocimiento de la anatomía humana, materia de gran interés para ambos grupos.

Inicialmente los cirujanos agruparon a una diversidad de profesiones, que aunque relacionadas con la cirugía, tenían escasa preparación científica. Así, al lado de cirujanos ilustrados se encontraban barberos y flebotómanos. A partir del siglo XIII, y de modo paulatino, la amalgama de ejercientes de la cirugía va reduciéndose, estableciéndose diferencias entre los cirujanos con formación y aquellos que no la tenían.

En este sentido se distinguió en Francia entre dos órdenes de cirujanos, los de toga larga, que eran aquellos que habían recibido educación y estaban capacitados para todo género de intervenciones, agrupados en el College de Saint Côme⁽⁶⁶⁾ que

(65) LYONS y PETRUCELLI. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 338

(66) También en España se reunieron bajo la advocación de los Santos Cosme y Damián

fue creado hacia 1210 y los de toga corta, cuyo campo de acción no pasaba de la cirugía menor, y debían ser aprobados por los primeros para iniciarse en el ejercicio. No obstante, esta distinción no fue pacífica por cuanto que existieron disputas en materia de atribuciones entre unos y otros, particularmente sobre a quien le correspondía cuidar heridas y no sólo sangrar⁽⁶⁷⁾.

En Londres, el College of Surgeons, siguiendo esa misma línea de separación entre cirujanos y médicos, se organizó separadamente de estos hacia 1368 y aún hoy mantiene sus privilegios y ejercicio independiente de los médicos.

Existe constancia de la existencia de otros gremios relacionados con la actividad de curar, como el de los bañeros, existente en los países germánicos, que realizaban ciertas curas⁽⁶⁸⁾, aunque son escasos los datos que sobre ellos se tienen.

4.4. LA ASISTENCIA MÉDICA EN EL MEDIEVO

No obstante la creación de las Universidades y la mayor preparación de los médicos, la asistencia al enfermo en el período siguió siendo diversa. Los médicos eran sobre todo "académicos", por lo que solían instalarse en los centros intelectuales, prestando sus servicios a las clases más privilegiadas. Sigue manteniéndose el esquema tripartito de asistencia, donde los reyes y nobles disponen de un médico casi en exclusiva para su atención; los burgueses recibían una asistencia domiciliaria por médicos de cierto prestigio, mientras que el pueblo llano tenía poco contacto con los médicos, por lo que a pesar de la gran influencia que el cristianismo tuvo en el

(67) Junto a ellos, que tenían cierta formación, también practicaron la cirugía, los *romancistas* que habían aprendida con la práctica, los barberos y otros

(68) LAÍN ENTRALGO, P. HISTORIA de la Medicina. Opus cit. Pág. 237

ejercicio de la Medicina, en el sentido de atención al necesitado, la dedicación de los médicos a los pobres fue escasa, ya que ellos no podían costearse sus servicios particulares, por lo que fue abundante el recurso a los curanderos y a los cirujanos itinerantes; pero la principal forma de ayuda social al enfermo menesteroso en el medievo fueron los hospitales.

4.4.1. Los hospitales medievales

Se consolida ahora una forma de atención, la hospitalaria, que si bien tiene sus antecedentes remotos en los templos griegos de culto de Asklepio y en los *valetudinaria* romanos, no deja de ser una institución eminentemente medieval. La primera noticia concreta sobre un hospital cristiano data del año 370, en el que Basilio el Grande fundó un gran establecimiento para enfermos ante las puertas de la ciudad de Cesarea, surgiendo, poco tiempo después los hospitales de Sebaste, Edessa, Antioquía y el de Gundishapur.

El nombre bizantino de los hospitales indica a quienes atendían: xenodoquios, extranjeros; pandoquios, peregrinos; brefotopria, expósitos; orfanotrofia, huérfanos; gerontoquias, ancianos; ptoquia, pobres y nosocomios, enfermos.

Tras convertirse el cristianismo en la religión oficial de Bizancio (año 391), bajo los auspicios de los emperadores se construyeron albergues y hospitales. De todos ellos cabe destacar el *Pantokrator*, mandado a realizar por Juan II Comneno hacia 1136. Este hospital que formaba un conjunto arquitectónico con la iglesia que había de ser emplazamiento de la tumba de la dinastía, así como con un monasterio

para el culto a los muertos, disponía, según señala JETTER ⁽⁶⁹⁾, de la siguiente organización:

Cincuenta camas, repartidas en cinco departamentos del siguiente modo: diez camas para enfermedades quirúrgicas, ocho para agudos, diez para enfermos masculinos, otras tantas para mujeres, y finalmente doce para enfermedades ginecológicas (y quizá también para partos). Cada uno de los departamentos contaba con dos médicos, cinco cirujanos y dos enfermeros o sirvientes, todos bajo las ordenes de dos médicos jefes.

En Occidente, el primer hospital que se conoce fue el fundado por Fabiola en Roma en fechas próximas al año 399 y que tenía por finalidad recoger a enfermos y necesitados. A este le siguen los fundados por Belisario y Pelagio.

En la Galia merovingia van a ser abundantes los xenodoquios. Aunque su estructura no es del todo conocida, algunos datos vienen a demostrar⁽⁷⁰⁾, la más que probable existencia de una sala común en comunicación acústica con el altar, lo cual resulta propio del origen fundacional ligado al cristianismo.

El más importante documento de la historia de los hospitales carolingios es el plano de un monasterio ideal conservado en San Gall y copiado de un modelo desconocido en torno al año 820. En el mismo se puede comprobar que en la realidad existían simultáneamente varios hospitales ⁽⁷¹⁾:

(69) JETTER, D. "Los hospitales en la Edad Media" en LAÍN ENTRALGO, P. Historia Universal de la Medicina. Vol.3. . Opus cit. Pág. 269

(70) Cfr. JETTER, D. "Los hospitales en la Edad Media" en LAÍN ENTRALGO, P. Historia Universal de la Medicina. Vol.3. . Opus cit. Pág. 270 y ss.

(71) JETTER, D. "Los hospitales en la Edad Media" en LAÍN ENTRALGO, P. Historia Universal de la Medicina. Vol.3. . Opus cit. Pág. 273

Primero: el Infirmarium de los monjes, en la parte oriental de la iglesia, junto al noviciado.

Segundo: el Hospitale pauperum, para pobres y peregrinos, situados al poniente de la iglesia, junto a las puertas del monasterio (donde los monjes practicaban las obras de misericordia)

Tercero: la casa para aquellos huéspedes (ricos) que llegaban a caballo, situada al norte de la iglesia, junto al palacio del abad.

Cuarto: una leprosería para enfermos contagiosos, lejos del recinto del monasterio

Quinto: un hospital para los novicios y para los conversos, para los hermanos legos que cada vez iban tomando más importancia.

Esta división nos muestra que no se trataba de verdaderos hospitales clínicos, sino más bien de albergues y casas de misericordia, actividades de acogida propias de las órdenes religiosas que se ocupaban de la atención en estos centros. Existen datos sobre la existencia de hospitales fundados posteriormente por distintas ordenes religiosas, manteniendo todos ellas un modelo similar al de San Gall.

Los Caballeros de San Juan de Jerusalén iniciaron el proceso de fundación de hospitales por ordenes de caballería en 1070, con el creado cerca del Santo Sepulcro, aunque su mayor obra corresponde al construido en Malta durante el siglo XVI. También es de destacar la fundación del Hospital del Santo Spirito en Sassia en 1204 por el papa Inocencio III, en el mismo lugar en el que Ina, rey de Wessex, había construido hacia el 720 una casa para peregrinos y que fue el más amplio del mundo cristiano, según señala GUERRA⁽⁷²⁾

Especial importancia tuvieron, a partir del siglo VII, los hospitales episcopales, de modo particular en Francia, cuya construcción se realizaba al lado de las grandes catedrales. Cabe destacar, en primer lugar, el Hospital St. Christophe,

(72) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 211

precedente del Hôtel-Dieu de París, que fue fundado hacia el 660 por el obispo Landry y que sufrió diversas modificaciones a lo largo de los años. Interesa subrayar que esta construcción participa de lo que parece haber sido característica común de los hospitales de esta época: la existencia de una capilla unida a la sala con camas.

Otros ejemplos de fundación episcopal lo encontramos en el Hôtel-Dieu de Chartres, fundado hacia 819 y en Lion, entre otros. También al este del Rin se conocieron hospitales con este origen fundacional, como los de Augsburgo, Treveris, Bamberg, Spira, Wurzburg y Passau.

Igualmente en España se dieron hospitales al lado de las catedrales, aunque han sido poco estudiados. Así, por ejemplo, Tarragona posee junto a su catedral restos de un hospital medieval, teniendo idéntico origen fundacional la casa de peregrinos de Santiago de Compostela, situada delante de la catedral. A medida que avanza la Edad Media, los hospitales episcopales se alejan de las catedrales, como ocurrió en Amiens, Senlis, Bourges y Poitiers.

Consecuencia natural de la distribución social de la Edad Media es la aparición de hospitales fundados por burgueses y los fundados por nobles. Los hospitales de origen burgués se dan especialmente en aquellas ciudades que logran alcanzar una mayor independencia basada en la soberanía municipal para lo que resulta decisivo la gran actividad de la burguesía que permite el acumulo de riquezas derivadas principalmente del comercio.

Las ciudades hanseáticas del norte son buen ejemplo de ello, particularmente Lübeck. En ella se construye el Hospital del Espíritu Santo, acabado hacia 1287 que, no obstante su origen burgués, sigue participando de la dualidad materia-espíritu propia del medievo, encontrándose también en su distribución un íntimo contacto

entre la parte profana dedicada al cuidado de los enfermos y la parte sacra. Otras fundaciones de origen burgués se encuentran en Rotemburg, Dinkelsbühl y Nördlingen.

Entre los hospitales fundados por la nobleza destaca en este sentido la actividad desplegada por los duques de Normandía. Guillermo el Conquistador fundó los de Cherbourg, Bayeux, Caen y Rouen. Según JETTER ⁽⁷³⁾ se debe a Enrique II de Plantagenete la construcción de las más bellas salas de hospitales del medievo, entre los cuales se encuentra el Hospital de St. Jean en Angers. Esta tradición fundacional es recogida por los duques de Flandes, pero los fundadores más importantes son, sin duda, los inmensamente ricos duques de Borgoña, a quienes se debe el famoso Hospital del Santo Espíritu de Dijon (1204).

Los primeros leprosarios europeos datan de mediados del siglo VI. Se trata de pequeñas construcciones de madera, dispuestas alrededor de una capilla de piedra y rodeadas de un muro. En ellos, como es natural no podía faltar un cementerio. Se situaban fuera de las ciudades, aunque próximos a las grandes vías de comunicación. De esta forma, aunque lejos de las zonas habitadas por los sanos, podían mendigarse limosnas a los transeúntes, ante los cuales se presentaban con el rostro cubierto y anunciando su presencia a través de un cuerno o de campanillas.

Posteriormente y con el mismo fin de aislar a los enfermos, se crean los primeros hospitales de apestados, principalmente en los puertos mediterráneos, siendo el más antiguo de ellos el de Dubronik, fundado en 1377, al que siguió el de Marsella en 1383 y los de Venecia en 1423. Es más que probable que su intención inicial fuera

(73) JETTER, D. "Los hospitales en la Edad Media" en LAÍN ENTRALGO, P. Historia Universal de la Medicina. Vol.3. . Opus cit. Pág. 286

la protección del comercio más que el de las poblaciones; sin embargo esta última finalidad no tardó en aparecer.

Existieron, asimismo, hospitales para dementes en algunas ciudades islámicas como Bagdad y el Cairo. En Europa la escasez de datos no permite dilucidar cual fuera el primer manicomio fundado, cuestión que se disputan el de Bethlem en Londres y la Casa del Padre Jofré de Valencia. Lo que es incuestionable que las instituciones manicomiales se extendieron a una gran velocidad en nuestro país.

4.5. LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DE LOS MÉDICOS MEDIEVALES.

Como se ha ido poniendo de manifiesto, el médico medieval se halla sometido a una cada vez más densa red de deberes religiosos y civiles. Entre las obligaciones impuestas por la Iglesia se encontraba la recomendación, ya recogida por Constantino el Africano, de proceder a la lectura de los Evangelios a los pacientes antes de realizar ninguna intervención sobre ellos⁽⁷⁴⁾.

Las Partidas estiman como el más importante deber del moral del médico el de advertir a su paciente su obligación de confesar sus pecados al inicio de su enfermedad⁽⁷⁵⁾:

Como deve el enfermo primero pensar de su alma que de melezinar su cuerpo; y que pena merece el fisico que de otro modo lo melezina... E despues que esto oubiere fecho, deve el fisico melezinarle el cuerpo e non ante: ca muchas vegadas

(74) Cfr. LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 238 y ss.

(75) Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Boletín Oficial del Estado. Edic. facsimil

acaesce que agravan las enfermedades a los omes más afincadamente e se empeoran por los pecados en que están.

La sanción para los médicos que incumplan este precepto es en un primer momento de orden exclusivamente espiritual, de tal modo que si el profesional hiciere otra cosa:

Tuvo por bien la Santa Iglesia ... que fuese echado de la Iglesia, porque face contra su defendimiento. Otrosí defiende la Santa Iglesia, so pena de descomunión, que los físicos, por saber que han de sanar a los enfermos, que no les aconsejen que fagan cosa que sea pecado mortal.

De esta manera, la propia práctica estaba limitada por lo que las disposiciones eclesiásticas entendieran, en ese momento, que podía ser pecaminoso, pues por encima de la salvación del cuerpo estaba la del alma. Más adelante la sanción moral pasa a ser sanción civil cuando por Ordenanza de los Reyes Católicos, aquellos médicos que no indiquen al paciente su obligación de confesarse pagarán una multa de diez mil maravedies.

Pero no sólo las cuestiones de orden religioso fueron fuente de obligaciones para los médicos medievales. También se regularon cuestiones en cierta medida relacionadas con la ética profesional. Así el Fuero Juzgo establece que el médico no debe tratar a la mujer si no es en presencia de su padre o madre u otros parientes. Tampoco deben visitar a los presos en las cárceles a fin de evitar que estos les pidan, y ellos lo administren, alguna sustancia que acabe con su vida, eludiendo de este modo la pena.

Más también se contemplan las consecuencias de una práctica inadecuada⁽⁷⁶⁾:

(76) Fuero Juzgo, Libro XI, Título I, Ley VI

Si algún físico sangrase algún omme libre, si enflaqueciere por sangría, el físico debe pechar C e L sueldos. E si muriere metan el físico en poder de los parientes que fagan del lo que quisieren. E si el siervo enflaqueciere o muriere por sangría, entregue otro tal siervo a su señor.

En contraposición a tan duras sanciones el propio Fuero Juzgo disponía que no se metiera a ningún médico en la cárcel, salvo que fuera desconocido en la localidad o en el caso de que cometiera homicidio.

Más adelante el Fuero Real pone a merced del Rey al médico que matara o lisiara a su paciente, si este no tuviera hijos, y si los tuviera, el cuerpo quedaba a merced del rey y los hijos del perjudicado adquirirían los bienes del profesional.

Finalmente, Las Partidas recogen al respecto una serie de conductas delictivas, que si bien tienen distinta naturaleza comparten pena de destierro por cinco años, cuando la víctima es hombre libre. Entre estas conductas se encuentran las prácticas abortivas, la impericia médica que ocasiona la muerte del paciente y otras⁽⁷⁷⁾:

Como los físicos, e los çurujanos, que se meten por sabidores, e no lo son, merescen aver pena, si muriere alguno por culpa dellos. Metense algunos omes por mas sabidores de lo que non saben, nin son, en física, e en çurugia. E acaesce a las vegadas, que porque non son tan sabidores como facen la demuestra, muere algunos enfermos, o llagados, por culpa dellos. E dezimos porende, que si algunn físico diesse tan fuerte melezina: o aqulla q no deve, a algú ome, o muger, que tuviesse en guarda, si se muriesse el enfermo; o si algún çurujano fendiesse algún llagado, o lo asserrasse en la cabeça, o le quemasse nervios, o huesos, de manera que muriesse porende; o si algún ome, o muger, diesse yervas, o melezina a otra

(77) Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Partida VII, Título VIII, Ley VI. Boletín Oficial del Estado. Edic. faccimil.

muger, porque se empreñasse, e muriesse por ello; que cada uno de los que tal yerro fazen, deve ser desterrado en alguna isla por cinco años; porque fue en gran culpa, trabajándose de lo que non sabía tan ciertamete como era menester, e de como fazía muestra [...].

Si la muerte se ocasiona a un siervo o a una bestia por mala práctica o abandono del cuidado, las consecuencias son otras ⁽⁷⁸⁾:

El fisico o çurujano, o albeytar, que toviessse en su guarda siervo, o bestia, o de algún ome, e la tajasse, o la quemasse, de manera, que por el melezinamiento quel fiziese, muriesse el siervo, o la bestia, fincasse lisiado; tenuto sería cualquier dellos, de fazer emienda a su señor, del daño que le valiesse, por tal razón como esta, en su siervo, o en su bestia. E esso mismo sería, quando el Fisico, o el çurujano, o el albeytar, començasse a melezinar el ome o la bestia, e después lo desamparasse. Ca tenuto sería de pechar el daño, que acesciesse por tal razón como esta. Pero si el ome que muriesse por culpa del fisico, o del çurujano, fuesse libre, entonces, aquel por cuya culpa muriesse deve aver pena segund alvedrío del Judgador.

De la muestra expuesta se puede concluir que la actitud del legislador medieval ante los deberes del médico fue francamente severa.

5. LA MEDICINA EN EL RENACIMIENTO.

La Medicina moderna se inicia con la llegada a la Península Ibérica de estudiosos bizantinos portadores de las fuentes de la tradición cultural griega a raíz de la conquista de Constantinopla por lo turcos. Por primera vez los estudiosos pueden beber en las fuentes originarias griegas.

(78) Las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio. Partida VII, Título VIII, Ley VII. Boletín Oficial del Estado. Edic. faccimitil.

Consecuencia de esta recepción es la aparición del movimiento denominado *humanismo* que va a llevar implícito un cambio en la intensidad de la exploración de la naturaleza. Es el momento de desechar las viejas teorías que como pesada carga se habían arrastrado a lo largo del medievo. Con el humanismo el hombre retoma la empresa griega de conocerse a si mismo, libre, aunque solo parcialmente, de creencias sobrenaturales.

A este cambio contribuye de modo decisivo la invención de la imprenta que va a permitir la difusión de los saberes, hasta el punto de que algún autor ⁽⁷⁹⁾ ha llamado al libro el milagro cultural del Renacimiento. Sin dejar de considerar su importancia, la afirmación parece un tanto exagerada por cuanto que ninguna novedad habría acontecido sin el genio creador del hombre renacentista, incluida la propia imprenta, si bien no cabe duda que este invento y sus mejoras posteriores contribuyeron a hacer posible, como ha señalado RHODES⁽⁸⁰⁾, que una gran cantidad de personas, y no sólo unos pocos privilegiados, pudieran obtener conocimientos y, por tanto, poder.

5.1. LOS DESCUBRIMIENTOS MÉDICOS EN EL RENACIMIENTO.

El más espectacular avance de la Medicina se produjo respecto a la anatomía, siendo varios los factores que contribuyen a ello, destacando entre los mismos la relación, ya iniciada en la Edad Media, entre médicos y artistas⁽⁸¹⁾ y la práctica, cada

(79) Cfr. GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 247.

(80) RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 46

(81) No podemos pasar por alto, en este sentido, la obra de Leonardo da Vinci, cuyo interés por la representación de la figura humana y sus conocimientos de la misma le llevaron a colaborar con Marc Antonio della Torre en un tratado de Anatomía que nunca llegó a ver la luz por la muerte prematura de este último. Sin embargo, sus estudios anatómicos, reunidos sobre todo en los Cuadernos de Anatomía, nos dan muestra de su gran

vez más perfeccionada, de disecciones anatómicas, a pesar de que durante casi un siglo la enseñanza académica de la anatomía siguió el modelo medieval, con una única disección al año y la lectura por el catedrático del texto de Mondino, mientras el disector trabajaba sobre el cadáver.

Destaca de modo especial en este impulso de la anatomía la obra de Andreas Vesalio, primeramente profesor en la Universidad de Padua y posteriormente médico del Emperador Carlos V y de su hijo Felipe II. Fruto de su estancia en Padua, fue la publicación de su *De Humanis Corporis Fabrica*, hacia 1543, primer trabajo anatómico basado en la disección realizada por el propio autor y producido en la nueva imprenta, con ilustraciones de van Calcar, el cual fue discípulo de Tiziano.

El impacto de este libro fue tal que son varios los autores⁽⁸²⁾ que afirman que su creación ha servido para dividir la historia de la anatomía en dos períodos, la prevesaliana y la postvesaliana. Lo que resulta indudable es que el conjunto de su producción estimuló, de manera notable la disección anatómica.

Es necesario destacar que Vesalio actuó profesionalmente no sólo como médico, sino también como cirujano. En la *Fábrica* se puede entrever un cierto reproche a sus colegas por haber dejado en manos de barberos ciertas prácticas, no

conocimiento del cuerpo, entre los que resultan particularmente sobresalientes la representación gráfica de los paquetes arteriovenosos y las descripciones de la estructura y función del corazón, sus cavidades y válvulas, así como las secciones uterinas mostrando la correcta posición del feto.

(82) Cfr. entre otros, RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. Opus cit. Págs 46 y ss.; LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Págs. 263 y ss. y GUERRA F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág.253 y s.

sólo porque les alejaba de la práctica quirúrgica, sino también, y principalmente, porque limitaba su conocimiento ⁽⁸³⁾:

Cuando la práctica de todas las operaciones manuales fue confiada a los barberos, no sólo olvidaron los médicos el verdadero conocimiento de las vísceras, sino que pronto desapareció la práctica de la disección, sin duda porque los médicos no intentaban operar, mientras a quienes se había confiado la habilidad manual eran demasiado ignorantes para leer la obra de los maestros de la anatomía. [...] esta deplorable separación del arte de curar haya introducido en nuestras escuelas el procedimiento ahora habitual de que una persona realice la disección del cuerpo humano y otra exponga la descripción de las partes. Esta última encaramada en un sitial como una corneja, recita con notable aire de desdén noticias sobre hechos que nunca ha visto directamente, sino que ha aprendido de memoria en libros ajenos o lee en descripciones que tiene ante los ojos [...]

La crítica, aunque no exenta de razón, no es precisamente suave, pero dará sus frutos: muchos son los que continúan la obra de Vesalio, apareciendo textos que resumían y, en algunos casos y como consecuencia de la observación directa, corregían sus argumentos.

Entre los continuadores de su obra cabe destacar a Gabrielle Fallopio, profesor de Anatomía también en Padua, distinguido por sus disecciones en fetos y niños y al que se debe, entre otras cosas, la denominación de la vagina⁽⁸⁴⁾ y de las trompas uterinas que llevan su nombre. También Bartolomeo Eustachi, que escribió diversas monografías anatómicas, describiendo por primera vez la estructura del oído, cuya trompa se recuerda por su nombre. Las descripciones anatómicas también

(83) VESALIO, A. De Humanis Corporis Fabrica. en LÓPEZ PAÑERO, J.M. Medicina Historia y Sociedad. Opus cit. Pág. 101

(84) Algunos atribuyen la denominación de vagina y placenta a Aristóteles. Cfr. RHODES, P. Introducción a la historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 49.

tuvieron influencia en el campo de la fisiología. Es de recordar particularmente la aportación del español Miguel Servet con su descripción de la circulación menor⁽⁸⁵⁾.

Junto con Vesalio, la figura más destacada del Renacimiento fue la de Theophrast von Hohenheim, más conocido por su alias autoimpuesto en 1529: Paracelso. Su figura es ciertamente controvertida y, de alguna manera, rompe los cánones de la época, lo que le valió no pocos conflictos. Se enfrentó con la tradición medieval representada por la obra de Galeno y Avicena (no dudando en hacer una quema pública de la obra de estos autores), a la vez que rescata la figura de Hipócrates como el único clásico de la Medicina digno de ser recordado. En su obra *Paragranum* expone que la Medicina bien entendida descansa sobre cuatro columnas: la filosofía, la astronomía, la física y la alquimia.

Algún autor⁽⁸⁶⁾, ha visto en Paracelso el precursor de la fecundación in vitro y sus ideas suponen toda una revolución para la época en que fueron expuestas. Efectivamente, en su obra *De Generatione Rerum Naturalium* se puede leer⁽⁸⁷⁾:

Se cogen espermatozoides humanos, se les coloca en un recipiente especial y se les trata durante cierto tiempo por medio de diversas y complicadas manipulaciones. Entonces aparece un pequeño ser humano que tiene que ser alimentado con sangre humana.

(85) Guerra estima que existe un precedente en el descubrimiento de la circulación menor en la obra de Ibn alNafis en 1242. GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 264.

(86) AVILA GRANADOS. "Paracelso, un médico de nuestra época". *El Médico*. Nov. 1993. Pág. 80.

(87) PARACELSO. De Generatione Rerum Naturalium. Tomado de AVILA GRANADOS.J. "Paracelso, un médico de nuestra época". Opus cit. Pág. 80.

Su figura no deja de ser controvertida. Aunque el mismo fue profesor en varias universidades (utilizando en las clases su lengua vernácula, cuando lo común era el latín) creía que estas no podían proporcionar al médico todo el conocimiento que necesitaba:

Las universidades no enseñan todas las cosas; el médico tiene que acercarse a las viejas, los bohemios, las tribus errantes, los salteadores y otra gente fuera de la ley, y recoger información de todos ellos. Tenemos que descubrir por nosotros mismos lo que es válido para la ciencia⁽⁸⁸⁾.

Otros grandes médicos del Renacimiento fueron el inglés Linacre, al que, entre otras cosas, se le debe el haber persuadido a Enrique VII para que fundase el Colegio de Médicos de Londres (1518), del cual fue su primer presidente; el italiano Fracastorio, que se dedicó preeminentemente al estudio de diversas enfermedades infecciosas, entre ellas la sífilis, a la que denominó de esta manera; Guillaume de Baillou, médico en la corte francesa, al que se debe la idea de la importancia de los factores climáticos locales para fomentar y favorecer el comienzo de las epidemias, a la vez que reconoció y diferenció la tosferina, siendo también el primero en mencionar la enfermedad reumática.

En cirugía es necesario destacar las figuras de Ambroise Paré, que desterró (aunque fue el azar el que le llevó a ello) la cruenta práctica de curar las heridas sufridas en la batalla con aceite caliente y cauterio, así como la ligadura de vasos sanguíneos para amputar las extremidades. Su concepción de la práctica profesional como una función de ayuda, que debe permitir y respetar la *vis medicatrix naturae* queda reflejada en la frase, a él atribuida: "Yo los cuido; Dios los cura".

(88) PARACELSO. De Generatione Rerum Naturalium. Tomado de AVILA GRANADOS.J."Paracelso, un médico de nuestra época". Opus cit. Pág. 74.

La atención a las parturientas, en manos de comadronas desde la antigüedad, fundamentalmente por razones de orden cultural, encuentra un importante avance técnico en un castrador de cerdos suizo, Jacob Nüfer, que realizó con éxito una cesárea a su propia mujer, desahuciada por los médicos. Después de este, el más importante avance en obstetricia se debe a Paré que introdujo la técnica de la versión interna⁽⁸⁹⁾.

También en el área de la obstetricia destaca la figura de Eucarius Rösslin, autor del tratado de obstetricia llamado *El Jardín de las Rosas para Embarazadas y Matronas*, que mantiene su vigencia como principal libro de texto en esta materia hasta su última edición de 1676.

El Renacimiento, además de los avances médicos citados, sienta las bases de los descubrimientos que se producirán en los siglos posteriores.

5.2. LA FORMACIÓN DEL MEDICO RENACENTISTA.

Los médicos renacentistas continuaron formándose en las universidades, añadiéndose otras a las ya existentes, destacando particularmente el proceso fundacional que se dio en España. Así, se crean las Universidades de Valencia (1500), Sevilla (1508), Alcalá (1510), Toledo (1529), Granada (1531) y algunas más que nos dan muestras de la sentida necesidad de alejar de la práctica de la Medicina a los profanos brujos y curanderos, aún cuando estos no llegaron a desaparecer totalmente.

(89) Dicha técnica consiste en introducir una mano en la vagina y cuello del útero, girando al feto sobre si mismo, de tal manera que la cabeza se desplaza de la pelvis y se extrae una pierna fuera del cuerpo de la parturienta, a fin de poder tirar y extraer el feto. Esta técnica, aunque peligrosa y cruenta, salvó muchas vidas cuando el parto se detenía sin posibilidad de continuarlo por otro medio.

Sólo Inglaterra se aleja de este modelo de formación profesional, realizándose esta en hospitales de antigua fundación, como el St. Bartholomew y el de St. Thomas. Ahora bien, en modo alguno vino esta circunstancia a significar que la enseñanza perdiera su carácter eminentemente teórico.

La selección de los profesores de Medicina, al igual que en el medievo, dependió en gran medida del voto de los estudiantes, de ahí que era frecuente que un profesor pasara de una universidad a otra.

La cátedra de Medicina original se llamó Prima, ya que se desarrollaba en horas de la mañana. Al agregarse con los años una segunda cátedra se denominó Vesperas porque se daba a las horas de la oración en la tarde. También fue corriente que a estos nombres se agregaran los de alguno de los grandes maestros como Prima de Hipócrates, etc. Los hallazgos vesalianos obligaron a las universidades a dotar de nuevas cátedras de Anatomía con disecciones de cadáveres y la creación de anfiteatros anatómicos para el mejor aprendizaje morfológico. Ahora bien, no fueron sólo las razones de orden intelectual las que determinaron la cada vez más creciente práctica de disección de cadáveres, sino también las de orden práctico.

Uno de los motivos argumentados para proceder a la realización de disecciones fue el deseo de saber la causa de la muerte por razones esencialmente médico-legales, de averiguar que había matado a un personaje importante o aclarar la naturaleza de la peste u otra enfermedad infecciosa⁽⁹⁰⁾. En este sentido ha llegado hasta nuestros días una carta dirigida por Juan Porcel (1528-1583) al Rey en la que le habla de la conveniencia de realizar disecciones sobre cadáveres de apestados y otras enfermedades semejantes:

(90) LYONS, A., PETRUCCELLI, R.J. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 405.

Las cuales han sido causa que convalciese tanto número de gente en el Hospital general de [Zaragoza], porque después de hechas he curado todo al contrario de como curaba antes de haberlas hecho, que no es sangrando, ni sajando, ni menos purgando por cámara. Porque vea Vuestra Majestad cuan necesarios son hacerlas luego a los principios de semejantes enfermedades⁽⁹¹⁾.

En este periodo la formación teórica se hace clínica gracias a la aportación, hacia 1543 en la Universidad de Padua, de Giambattista da Monte que recupera y difunde la práctica hipocrática de enseñar junto al lecho del enfermo. Se entiende ahora insuficiente la enseñanza basada en la lectura de textos, siendo preciso desarrollar una docencia práctica basada en la observación del enfermo, que en algunos casos se completó con el examen post-mortem.

Paulatinamente la cirugía empieza a incorporarse a las universidades. Ya desde 1505 la Facultad de Medicina de París ejerció la supervisión de los cirujanos barberos de toga corta, para no mucho más tarde hacer lo propio con los de toga larga. La formación de los cirujanos consistía en un periodo de aprendizaje, que duraba entre cinco y siete años, al lado de un experimentado cirujano jurado. Debía, además, el alumno asistir a clases de anatomía en la Facultad de Medicina, así como realizar curaciones y vendajes. Completada su educación y tras el pago de una cuota, realizaba un examen que permitía el ingreso en las Cofradías de San Cosme y San Damián y el ejercicio de la cirugía.

No era esta la situación en Inglaterra, donde los cirujanos barberos gozaban de mayores privilegios que los cirujanos. No obstante, en 1540 Henrio VIII unió

(91) Tomado de: LÓPEZ PIÑERO, J.M. Medicina, historia y sociedad. Opus cit. Pág. 130.

ambos gremios y sus miembros consiguieron mantener desde entonces el ejercicio de la cirugía independiente de la Medicina⁽⁹²⁾.

En España, correspondió al Real Protomedicato regir la enseñanza, examen y práctica de los cirujanos, al igual que la de los médicos, incorporando aquellos a su profesión todas las prerrogativas que habían venido ejerciendo los médicos reales.

5.3. EL CONTROL DEL EJERCICIO PROFESIONAL.

Aparecen en el Renacimiento nuevas formas de control del ejercicio profesional, que tienen sus antecedentes en las asociaciones gremiales medievales. Así, en Francia, el claustro de doctores de la Facultad de Medicina de París controlaba la práctica de la Medicina y la Cirugía⁽⁹³⁾. Tal control, entre otras cuestiones, tendía a asegurar que no se produjera un desequilibrio entre la oferta y la demanda de servicios, así como a evitar el intrusismo profesional. Con esta misma finalidad se crea en Lyons, en los años centrales del siglo XVI, el Collège de Medecins.

También en Inglaterra aparecen organizaciones profesionales de similar estructura, como el College of Physicians de Londres fundado hacia 1518, que fue convertido en Royal College posteriormente, obteniendo sus privilegios de Enrique VIII.

Por su parte, España tuvo un sistema más centralizado debido a la creación del Real Protomedicato hacia 1477, institución que perdurará hasta finales del siglo

(92) GUERRA, F. HISTORIA de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 286

(93) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo I. Opus cit. Pág. 268

XVIII y que merece especial atención, no sólo por su duración, sino también por la amplitud de las funciones que llegó a desarrollar.

5.3.1. El Tribunal del Protomedicato.

Los precedentes históricos del Tribunal se remontan al siglo XIII, donde en el reino de Aragón, y poco después en el reino de Castilla se dictan las primeras normas reguladoras de la formación y ejercicio profesional de médicos y cirujanos, según señalan RIERA y GRANDA-JUESAS⁽⁹⁴⁾.

Aunque ha existido cierta controversia respecto a su origen, cada vez es mayor el número de autores que atribuyen su fundación a los Reyes Católicos mediante Cédula dada a 30 de Marzo 1477, encontrando su precedente en una cédula de D. Juan II de Castilla, por la que le otorga a su médico de cámara la facultad de conocer de *los crímenes y excesos de los dedicados al ejercicio de la profesión*⁽⁹⁵⁾, sobre los cuales podía pronunciarse, dictando sentencia, quedando en el patrimonio del *médico-juez* las penas pecuniarias que impusiese.

Si bien es cierto que en ninguna de estas disposiciones se hace mención al término Protomedicato, en ellas aparecen propiamente las bases o cimientos de un cuerpo directivo, cuya organización completó Felipe II en sus pragmáticas de 1588 y 1593.

(94) RIERA, J y GRANDA-JUESAS, J. "Presentación" en: IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). 1ª edic. Valladolid. Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. 1987. Pág. 9.

(95) IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Pág. 24

El cometido del Tribunal era diverso, teniendo encomendadas, entre otras tareas, proponer medidas de salubridad en el Reino y vigilar su cumplimiento; perseguir y castigar el intrusismo; examinar y certificar la idoneidad de los aspirantes al ejercicio, así como a los profesores; designar al personal facultativo de los ejércitos, hospitales, etc; resolver disputas entre doctores; recomendar y censurar los libros; dirigir los trabajos contra las enfermedades infecciosas, especialmente contra la peste.

Según **IBORRA** ⁽⁹⁶⁾ el Protomedicato estaba estructurado en tres partes esenciales:

Primera, la dirección de la enseñanza y demás asuntos gubernativos de la Medicina, Cirugía y Farmacia; segunda, la administración de la justicia para corregir y evitar los excesos facultativos; y tercera, la recaudación, administración e inversión de los fondos producidos por los derechos de exámenes.

En definitiva, como ha dicho algún **RIERA** ⁽⁹⁷⁾, se trataba de un gran aparato burocrático que guardaba cierta similitud con los actuales Ministerios, interviniendo en todos los asuntos relativos a la Medicina, que por espacio de tres siglos y medio estuvo al frente del desarrollo de las ciencias médicas.

Uno de los problemas tempranos que planteó esta institución fue el de la corrupción de sus miembros. Efectivamente, dado el gran provecho económico que obtenían los alcaldes-examinadores, exentos inicialmente de todo tipo de control, era de esperar que abusaran de las facultades que poseían, hasta el punto de que se les

(96) IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Pág. 26

(97) RIERA, J. y GRANDA-JUESAS, J. "Presentación" en: IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Pág. 10

prohibió otorgar poderes a otros para examinar y se recortó su ámbito territorial de actuación⁽⁹⁸⁾.

Sin embargo estas medidas no evitaron que se siguieran produciendo desordenes y por ello las Cortes de Madrid en 1528 se ocuparon del tema, poniendolo en conocimiento del Rey⁽⁹⁹⁾:

Otrosí haremos saber a vuestra Magestad que en estos reynos y señoríos a avido y ay muchas personas que usan de officios de físicos y cirujanos y boticarios sin ser graduados, y sin aver estudiado en los estudios generales diez años, lo qual hazen porque tienen para ello cartas de examen de los protomédicos de vuestra Magestad y de otras personas a quien los protomédicos dan su poder para lo examinar.

A juicio de los procuradores esta situación suponía un grave riesgo para la salud de los usuarios de los servicios profesionales de los médicos y era necesario poner remedio a la corrupción (con la que casi nació) del Protomedicato. Para ello proponen al rey que establezca diversas medidas destinadas a corregir el problema planteado, que pueden reconducirse en las siguientes:

- La prohibición a los protomédicos otorgar poderes a otros para realizar examen.
- La obligación de contar con un testimonio firmado por escribano público donde se dejara constancia, antes de otorgar la carta de examen, de que el

(98) Por cédula de 1523, dictada por D. Carlos y D^a Juana, se limitó su actuación a la corte y cinco leguas de su contorno.

(99) IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Pág. 29

aspirante cumplía con los requisitos de formación (diez años de estudios en las universidades o estudios generales y estar graduados). De alguna manera este testimonio sería el equivalente en nuestros días al certificado académico.

Pero tampoco estas medidas fueron suficientes, muestra de lo cual es que las Cortes de Valladolid de 1555, vuelven tratar el asunto, exponiendo como era corriente que algunos individuos con un único año de estudios y sirviéndose de informes falsos, pasaban de unas universidades a otras donde conseguían que se les certificara que habían concluido su formación, marchándose después a ejercer en los pueblos.

Se propone por las Cortes una nueva medida de control: que el título sólo pueda ser otorgado en el lugar donde hayan estudiado los cuatro años de Medicina preceptivos. Pero aún se le exige más, después de graduado debe realizar una etapa complementaria de formación al lado de un médico experimentado durante un período no inferior a dos años. Este último requisito se suaviza al estimarse que para supuestos especiales es suficiente con un año de práctica siempre y cuando el que desee acceder al ejercicio presente carta de dos o tres médicos de experiencia que acrediten y avalen sus conocimientos y su suficiencia para acometer el ejercicio.

Como quiera que el problema seguía sin desaparecer, Felipe II, hacia 1566, dicta nuevas normas para regular la formación de los médicos. De esta forma, se establece como requisito de acceso a los estudios de Medicina el ser bachiller en Artes por una universidad reconocida. Posteriormente se realizaban cuatro años de estudios de Medicina, tras los cuales y para poder ejercer, se había de practicar durante dos años al lado de un médico con experiencia, designado especialmente para tal fin.

Es de observar que no se producen grandes cambios en la regulación de los estudios, los cuales siguen el esquema medieval, pero si es importante que sea por mandato real, por cuanto supone la consolidación de la intervención del Estado en materia de formación, en este caso de los médicos.

También se dictan normas para los cirujanos, a los cuales se les prohíbe acceder al examen preceptivo para el ejercicio si no contaban con testimonio de haber practicado la cirugía por espacio de cuatro años al lado de cirujano experimentado. De esta manera se puede valorar como la formación de estos profesionales continuaba siendo mayoritariamente práctica en España, a pesar de haberse iniciado ya el movimiento conducente a la instrucción de los cirujanos en las universidades.

Estas medidas, dirigidas a mejorar la práctica profesional y garantizar un servicio en condiciones, no dieron los resultados esperados, por lo que el asunto continuó tratándose en distintas Cortes. De entre ellas, por las medidas que proponen, cabe destacar la reunida en Madrid en 1581, entre las que se cuentan las siguientes:

- Deben ser dos los protomédicos que examinen
- Los examinadores no deben percibir derechos de examen para si mismos, sino que deben ser entregados al Recaudador del Reino, acompañados del recibo de depósito del que opta a examen.
- Se establecen unos honorarios como pago por los servicios prestados de quinientos ducados al año, no pudiendo recibir ninguna otra dádiva o merced que esta cantidad. En caso de desobedecer estas prescripciones se establece que sean juzgados y condenados conforme al derecho del Reino

También hay una propuesta que estima que no debe ser examinado nadie y que solo se autorice el ejercicio de aquellos que hayan sido graduados por las universidades que ajustan su plan de formación a las leyes del Reino.

En cualquier caso, no se llegó en estas Cortes de Madrid de 1581 a acuerdo sobre lo que procedía hacer para remediar la corrupción de una institución que había nacido con el objeto de preservar a los ciudadanos aquejados de dolencias de los embaucadores.

En un nuevo intento de evitar los desmanes del Real Protomedicato, Felipe II, por Pragmática de 1588, dispone que para celebrar el examen debía contarse con un protomédico y tres examinadores de nombramiento real, los cuales de manera conjunta debían despachar todos los asuntos encomendados al Tribunal.

Asimismo, se crea la figura de un asesor para substanciar las causas, que establecía los criterios para dictar sentencia, a la vez que permitía que en caso de enfermedad o ausencia del protomédico o de los examinadores, pudieran reunirse los tres restantes con el asesor y actuar como si el Tribunal estuviera al completo.

Se establece, igualmente, que el examen debía realizarse en casa del protomédico o en el lugar que este designase. El examen, al que se accedía previa revisión y comprobación de los antecedentes, constaba de dos partes, una teórica y una práctica.

El examen teórico consistía en preguntas generales sobre materia médica y discusión de alguna obra, superado el cual se procedía a señalar fecha para la realización del examen práctico, así como a designar a los dos examinadores que debían hacerlo.

El ejercicio práctico se realizaba en el Hospital General o en el de la Corte, donde el aspirante debía tomar el pulso a cuatro o cinco pacientes, y tras interrogarle sobre sus dolencias y explorarles, pasaba a exponer ante el protomédico y los examinadores los datos recogidos de los enfermos, la gravedad de la enfermedad que padecían, así como sus causas y posibles tratamientos.

También los cirujanos debían realizar un ejercicio teórico y otro práctico, consistiendo este último en que el aspirante ligase, desligase y aplicase los medicamentos a las heridas, con todo lo demás que les parecía conveniente⁽¹⁰⁰⁾. Terminado el examen, si los examinadores que habían presenciado el ejercicio práctico no estaban conformes con lo visto y escuchado, se repetía en número no determinado de veces.

Posteriormente se reunía el Tribunal y concedía la licencia al aspirante, si a su juicio lo merecía. En caso contrario, o bien se le denegaba sin más, o bien se le imponía una pena. La licencia, aunque se expedía sólo a nombre del protomédico, contaba con la firma de conformidad de los examinadores, y se extendía ante el escribano.

A pesar de esta cuidadosa regulación, el Protomedicato seguía siendo una institución corrupta, extendiéndose en sus facultades más allá de lo establecido en la Pragmática de 1588. Por esta razón, Felipe II publica una nueva pragmática el 2 de Agosto de 1593, en la que eleva a tres el número de protomédicos que han de formar parte del tribunal, los cuales debían ejercer de manera colegiada. El sueldo que ahora se fija a los protomédicos es de cien mil maravedís al año, que se pagaban de las arcas del Tribunal.

(100) Cfr. IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Pág. 38

Asimismo, se mantiene en tres el número de examinadores, los cuales, en su calidad de tenientes, debían sustituir al protomédico al cual estaban adscritos cuando este por cualquier circunstancia no podía estar presente en la actividad del Tribunal, garantizándose así la formación tripartita del mismo, sin que existiera primacía en el voto de ellos, de modo que lo acordado y votado por dos de los tres era válido, aún cuando solo fueran examinadores. La renovación de estos se producía cada dos años por nombramiento real

Dado que el tribunal sólo estaba formado por médicos, se estableció que para los exámenes de cirujanos y boticarios, se nombrará a un cirujano o boticario de más ciencia y experiencia -con la prohibición expresa de que siempre fuera el mismo- al que correspondía dirigir el examen.

Se modifican los requisitos de acceso al examen, llegando el control de la formación por el tribunal hasta el punto de prohibir a las universidades que diesen a los aspirantes a médicos ningún tipo de certificación que acreditase su graduación como bachilleres, hasta que no realizasen los aspirantes dos años de práctica y se examinasen de la misma ante el tribunal y éste emitiera la licencia para curar. Asimismo se exige a los aspirantes que conociesen ciertas obras de texto, sin lo cual no eran aprobados, así como que supiesen de memoria las recopilaciones realizadas por el propio tribunal sobre las virtudes y administración de todos los remedios usados en la época.

Recoge **IBORRA**⁽¹⁰¹⁾ los requisitos exigidos a los cirujanos antes de ser autorizados para el ejercicio:

(101) IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Págs. 45 y 46

que supieren de memoria las recopilaciones hechas por los mismos Proto-Médicos sobre tumores y toda clase de llagas, así como el buen uso y método en la aplicación de remedios quirúrgicos, con obligación de tener aprobados tres cursos de Medicina, oyendo Artes primero, y practicar la Cirugía dos años, de todo lo cual tenían que presentar testimonio.

A pesar del gran interés que los poderes públicos demostraron en garantizar una formación y ejercicio médico adecuado, el resultado no fue el apetecido: el máximo órgano encargado de velar porque se dieran esas condiciones óptimas estaba corrompido, y ninguna de las medidas que se tomaron en esta época pudieron evitarlo. La consecuencia fue el descrédito del ejercicio de la Medicina en nuestro país, hasta el punto de ser objeto de la pluma de los más sarcásticos escritores⁽¹⁰²⁾.

5.4. LA ASISTENCIA MEDICA EN EL RENACIMIENTO.

Los cambios en la existencia individual y social que introduce la modernidad tienen su reflejo en el modo de enfermar. Así, junto a las enfermedades ya existentes, se hacen ahora frecuentes las venéreas, el raquitismo, propio de las miseria suburbana, enfermedades como el escorbuto, consecuencia de las largas travesías marítimas con una defectuosa alimentación, ciertas enfermedades profesionales⁽¹⁰³⁾. Todo ello

(102) Fray Gabriel Téllez, en la comedia *Amor Médico*, da buena muestra de la concepción que tanto los médicos, como aquellos por quienes eran examinados, merecían a los observadores y usuarios de sus servicios. A título de ejemplo, sirvan los siguientes versos: Poco estimo la salud, que anda en poder de ignorantes. ¿Piensas tú que seda y guantes de curar tienen virtud? Engañaste, si lo piensas; [...] ¿No es lastima que examinen a un albeitar herrador, a un pelaire, a un tundidor. Y que antes que determinen que practique su ejercicio, aprueben su suficiencia; y la medicina ciencia [...] de un doctor en ella experto porque más hombres ha muerto. Prolijo de barba y capa, en habiendo para mula, luego quede graduado de Doctor?. Quien no regula estos peligros, ¿no es necio?.

(103) Cabe recordar, en este sentido, la monografía de Paracelso sobre las enfermedades de los mineros.

condiciona que, con independencia de la eficacia terapéutica de los remedios prescritos, la sociedad vaya necesitando más del médico.

No obstante, las formas de atención arrastradas desde la antigüedad se mantienen, de forma que siguen existiendo tres niveles de atención: El que reciben los nobles o personas de las clases más altas, que eran atendidos en sus palacios por los médicos más prestigiosos; la asistencia a los burgueses, que también se hacía a domicilio, y finalmente, la atención médica a las clases más desfavorecidas. Estos últimos, no solo seguían acudiendo a curanderos, sino que, además, la atención médica que recibían era fundamentalmente en los hospitales (de beneficencia, religiosos, municipales o reales).

En este sentido, el Renacimiento es testigo de la creación de establecimientos sanitarios "especializados" en patologías concretas, como los hospitales de bubas, para el tratamiento de la sífilis, las leproserías o los manicomios, que aunque tienen sus antecedentes en el período anterior, ahora van a terminar de consolidarse.

6. LA MEDICINA EN EL BARROCO Y LA ILUSTRACIÓN.

Los siglos XVII y XVIII se van a caracterizar por dos fenómenos aparentemente contradictorios: de un lado, se producen importantes descubrimientos técnicos y médicos; de otro, no se produce una mejora sustancial en el tratamiento médico en línea con los avances antes mencionados. Al igual que en los siglos precedentes coexistirán una Medicina antigua y una moderna. LAÍN ENTRALGO⁽¹⁰⁴⁾ expone la situación así:

(104) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 337.

En el filo de los siglos XVII y XVIII, la medicina era un abigarrado conjunto de residuos tradicionales conceptualmente valiosos (no pocas ideas de la patología y la terapéutica generales del galenismo), conocimientos revolucionariamente nuevos, así anatómicos como fisiológicos, importantes novedades doctrinales (las consecuencias y los restos de la iatromecánica y la iatroquímica), y no menos novedades empíricas.

También corresponderá a este período el honor de ver la aparición de las primeras Academias de Medicina, así como la publicación de las primeras revistas médicas en Europa.

6.1. LOS DESCUBRIMIENTOS MÉDICOS.

El médico de esta época basaba la determinación de la naturaleza de la enfermedad en tres técnicas: la información recibida del paciente, la observación realizada por el propio médico y, más raramente, la exploración física. Era, por tanto, una información limitada la que el médico podía obtener para establecer un juicio diagnóstico. Esta situación va a sufrir alguna modificación bien avanzado el siglo XVIII; así, en 1761, el médico vienés Leopold Auenbrugger describe un método de examen al que llamó percusión, consistente en golpear el cuerpo con los dedos para producir unos sonidos que indicaban la vitalidad de los órganos. Más importante que esto es la construcción del primer microscopio por Cornelius Drebbel en 1620, aunque la generalización del uso de este instrumento se producirá años más tarde.

Surgen a partir de este momento importantes microscopistas que aportarán nuevos datos acerca de la estructura microscópica del cuerpo humano. Es el caso de Marcello Malpighi, Robert Hook y Anthony van Leewenhoek (primero que describió una bacteria); ya en 1687, el médico italiano Giovanni Bonomo estableció la relación

causal entre un microorganismo y una enfermedad infecciosa al detectar el ácaro responsable de la sarna. Es en este momento cuando se formulan las nuevas bases de la fisiología y la patología modernas. A pesar de ello, ni la terapéutica médica ni la cirugía progresaron en el Barroco, limitándose en el caso de esta última a repetir las técnicas creadas en el Renacimiento, e incluso a olvidar algunas de ellas.

Destaca también en este período lo que ha sido considerado como el primer tratado de Medicina laboral: *De morbis artificum diatriba*, cuyo autor fue Benardino Ramazzini y que fue publicado en 1700.

La invención del microscopio también va a dar sus primeros frutos en la Ilustración⁽¹⁰⁵⁾. La determinación de la relación de causalidad entre un microorganismo y una enfermedad permite a los médicos cultivadores de esta actividad desarrollar remedios eficaces contra aquél. Tal es el caso de Edward Jenner, a quien se debe la vacuna antivariólica. Se da con ello también un paso decisivo en la prevención de las enfermedades, resultando de ello que la higiene cambia su enfoque individual, convirtiéndose en una disciplina de carácter social. Se empiezan a sentar las bases para la construcción de la Salud Pública como disciplina científica y especialidad médica.

Por lo que se refiere a la obstetricia, si bien esta se mantuvo en el Barroco en manos de las comadronas, paulatinamente fueron sustituidas por los *accoucheurs* o parteros profesionales, especialmente entre la aristocracia, primero en Francia y posteriormente en el resto de los países.

(105) No será, sin embargo hasta el siglo XIX, con la obra de Lister cuando la observación al microscopio pase de ser un arte empírico a una disciplina científica.

6.2. LA FORMACIÓN MÉDICA.

Escasos cambios se dieron durante el Barroco en la formación de los médicos. Cabe citar a Sylvius, que contribuyó a recuperar el método de enseñanza junto al lecho del enfermo, el cual no había sido practicado de forma sistemática durante largos períodos de tiempo⁽¹⁰⁶⁾.

Con la llegada del pensamiento ilustrado, esta situación poco a poco va cambiando y a la par que aumenta el conocimiento médico, la enseñanza mejora de forma notable. Se crean nuevas cátedras a la vez que desaparecen las antiguas primas o visperas y, como señala **RIERA**⁽¹⁰⁷⁾, poco a poco se incorporan a los planes docentes nuevas enseñanzas como la Oftalmología, la Obstetricia y Pediatría, la Medicina Clínica y la Medicina Legal.

El desarrollo de esta última, propiciada especialmente por las disecciones de cadáveres, permitió poner al servicio del peritaje forense los adelantos técnicos y médicos de las centurias pasadas. Destaca en este sentido, ya en las postrimerías del siglo XVIII la obra del español Mateo José Buenaventura Orfila, al que se considera el fundador de la moderna toxicología. Junto a este aspecto de la nueva disciplina se encuentra indisolublemente unido aquel otro referente a las obligaciones profesionales y sanitarias que la ley impone a los médicos.

Una muestra de estos cambios es la reforma de la Facultad de Medicina de Wien, en Austria, bajo los auspicios de la emperatriz Maria Teresa y que dio lugar a

(106) Este método había sido usado por última vez en el siglo XV, de la mano de Giambattista da Monte

(107) RIERA, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Pág. 373

lo que se ha llamado la Primera o Vieja Escuela Clínica Viena; no obstante, este cambio de la Medicina vienesa no alcanzó a la cirugía hasta la reforma llevada a cabo por Joseph II. En Francia, la propia Revolución precipitó el cierre de sus veinticuatro facultades de Medicina a la vista de sus programas obsoletos⁽¹⁰⁸⁾.

En el caso de Rusia, aparece en este período la primera Facultad de Medicina (1755). Hay que recordar que durante muchos años los únicos médicos disponibles habían estudiado en el extranjero y estaban encargados de atender, primordialmente, a los nobles, mientras que la mayor parte de la población era atendida por monjes o por médicos que habían aprendido a pie de cama. Afirma GUERRA⁽¹⁰⁹⁾ que hasta 1791 la Universidad de Moscú graduó médicos *lekar* autorizados para el ejercicio de la profesión, pero a partir de aquella fecha, tras dos años de trabajo y una tesis, se podía optar al grado de doctor, esfuerzo que solo realizaba uno de cada diez graduados.

La reforma de las enseñanzas también llega a nuestro País de forma semejante al resto de Europa. Cabe destacar la inclusión de la pediatría en los planes de estudios, así como la creación de la cátedra de partos por Ordenanzas de Carlos III en 1787. Mención especial merece el gran desarrollo alcanzado por la enseñanza de la cirugía en el período ilustrado, el cual va a estar influido y a la vez se va a reflejar en la práctica profesional y en el status social de los cirujanos. En este sentido, señala LÓPEZ PIÑERO⁽¹¹⁰⁾ que el cirujano dejó de ser un empírico de bajo nivel social

(108) Este cierre permitirá la renovación de la Universidad francesa y, especialmente, del modelo de enseñanza de la Medicina, mediante la creación inicial de escuelas de salud -después escuelas de Medicina-, que en el siglo XIX (1808) se incorporan al nuevo modelo de universidad como facultades de Medicina.

(109) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo II. Opus cit. Pág. 431

(110) LÓPEZ PIÑERO, J.M. Medicina, historia y sociedad. Opus cit. Pág. 168

para convertirse en un técnico de prestigio, formado en centros docentes de tanta o mayor altura que las facultades de Medicina universitarias. Este hecho propiciará un mayor reconocimiento social de la actividad desplegada por estos profesionales, permitiéndoles adquirir una posición de igualdad respecto a los médicos.

En esta transformación de la Cirugía tendrán un papel destacado las escuelas de Cirugía del Ejército y la Armada, lo cual no deja de ser razonable si consideramos que ya en las pasadas centurias fueron los conflictos bélicos y las heridas que estos producían lo que permitieron el desarrollo de una mayor habilidad técnica por parte de los cirujanos. Toda esa experiencia acumulada se vio reflejada en las enseñanzas que en sus escuelas se impartían, incorporando en muchas ocasiones las novedades más importantes de la época en esta materia. En este sentido, es clara la influencia de las guerras napoleónicas en el alto grado de desarrollo de la Cirugía francesa en esta época, contando con nombres destacados, como Dominique-Jean Larrey, cuya contribución más destacada tal vez sea la creación de un sistema de ambulancias que transportaban rápidamente a los heridos durante la batalla hasta el lugar donde debían ser atendidos.

Asimismo, se debe a la Ilustración la separación definitiva entre cirujanos y barberos. Este movimiento que se inició en Francia e Inglaterra se fue extendiendo paulatinamente a otros lugares, cristalizando en la creación de distintos colegios de cirujanos que estaban encargados de velar por la práctica profesional. Cabe citar en este sentido la Real Sociedad de Cirujanos, creada en Francia en 1713, así como el Royal College of Surgeons en Inglaterra, aunque este último no comenzó a desarrollar la plenitud de sus funciones hasta 1799.

En el caso de nuestro País, especial trascendencia para elevar el nivel de la Cirugía española tuvo la política ilustrada de Carlos III que estimuló de manera

decisiva la formación de los cirujanos españoles en el extranjero, permitiéndoles de esta forma conocer los últimos avances en esta materia. También contribuyó a esa mejora de la calidad de esta disciplina el movimiento fundacional de Colegios de Cirugía, promovido de forma especial por Pedro Virgili que había sido cirujano militar, consiguiendo de Fernando VI la fundación del Real Colegio de Cirugía de Cádiz en 1748, el cual abrió sus puertas en 1750 con la finalidad de educar a los cirujanos de la Armada en las nuevas técnicas quirúrgicas. El propio Virgili obtuvo de Carlos III, años más tarde, la fundación del Real Colegio de Cirugía de Barcelona.

Este progreso alcanzado por los cirujanos españoles fue determinante a la hora de evitar que prosperara el intento de unificación de los estudios de Cirugía y Medicina que se produce en 1799. Sin embargo, algunos años más tarde esta unificación se produciría, aunque no sin pocas controversias.

Otra cuestión importante que contribuyó al cambio del perfil profesional del cirujano, junto con su separación de los barberos, fue la aparición de la odontología y la oftalmología como profesiones independientes de la Cirugía. Algunas excepciones existieron a esta separación, como fue el caso de España, en la cual, como ha puesto de manifiesto GUERRA⁽¹¹¹⁾, el ejercicio de cirujano dentista durante la Ilustración estuvo sujeto a la presentación del título con los certificados de práctica ante el Colegio de Cirugía, el pago de la tasa de 1500 reales y el examen respectivo. Así y todo hay que decir que fue frecuente la práctica de odontólogos franceses e italianos en Madrid y Barcelona.

(111) GUERRA, F. Historia de la Medicina. Tomo II. Opus cit. Pág. 466

6.3. LAS SOCIEDADES CIENTÍFICAS.

Un fenómeno relativamente temprano dentro del siglo XVII fue la creación de diversas sociedades científicas. El antecedente de estas se encuentra en la fundación por Giambattista della Porta de la *Academia Secretorum Naturae* en Nápoles, prematuramente clausurada por la Inquisición. A pesar de ello, la idea de una sociedad de científicos, concebida por Francis Bacon como una Casa de Salomón prosperó y rápidamente fueron fundándose diversas sociedades, primero en la península itálica y posteriormente en el resto de Europa; así, aparece la Academia Francesa de las Letras (1635); en Inglaterra la Real Sociedad de Londres en 1662; a la que siguió la Academia de las Ciencias en 1665.

LYONS y PETRUCELLI⁽¹¹²⁾ señalan que en Inglaterra y Francia las sociedades científicas tuvieron desarrollos dispares. En Francia, la *Academie des Sciences* se fundó para reunir a los científicos más destacados del país y del mundo entero. El gobierno francés designaba a sus componentes y les pagaba un salario. Eran los científicos mejor equipados de Europa, pero a cambio del control e influencias del gobierno. Por su parte, en Inglaterra, la *Royal Society* se organizó como entidad pública con el apoyo moral de Carlos II, y sus puertas estaban abiertas a todos los que mostraran interés por las cuestiones científicas. En nuestro país, la primera academia médica fue la *Real Academia de Medicina* de Sevilla, a la que siguió la *Regia Sociedad de Medicina* aprobada por Carlos II en 1700.

(112) Cfr. LYONS, A. y PETRUCELLI, R.J. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 447

6.4. LA ASISTENCIA MÉDICA EN LOS SIGLOS XVII Y XVIII.

A pesar de las indudables mejoras que se producen a lo largo de estas dos centurias tanto en la formación como en la práctica médica, en la asistencia al enfermo siguen confluendo un conglomerado de profesionales y practicantes de artes curativas. Así, junto a los médicos y cirujanos titulados seguían cuidando del paciente curanderos, barberos y charlatanes, especialmente entre las clases menos privilegiadas. No obstante, se empieza a observar que la sociedad de finales del setecientos y del ochocientos va necesitando cada vez más del médico, y que en consecuencia le estima y le paga más⁽¹¹³⁾.

La estructura asistencial sigue siendo similar a la de los siglos precedentes. Así, las clases superiores eran atendidas por médicos de cámara que les visitaban en sus domicilios y que eran elegidos entre los profesionales más prestigiosos. La burguesía escogía al médico amigo o al que pudiera pagar y las consultas también se llevaban a cabo habitualmente en el domicilio de los pacientes. Finalmente, los pobres se dirigían a los distintos hospitales municipales, religiosos o reales, cuando no acudían a prácticos o charlatanes. No obstante, los hospitales comienzan a sufrir una paulatina transformación que va a influir en una mejora indudable en la salud de la población menos favorecida. Entre estos cambios podemos citar la definitiva consagración de hospitales de *bubas* (sífilis), leproserías y manicomios, separados de los enfermos comunes. También se comienzan a utilizar en este período de una forma sistemática los hospitales como centros docentes y de investigación, lo que atrae a profesionales de prestigio a los mismos.

(113) Cfr. LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 381

Al siglo XVIII corresponde asimismo una creciente preocupación del Estado por la salud de sus ciudadanos, especialmente en los principados germánicos, donde se desarrolló el concepto de que el gobierno, a través de agentes, tenía la responsabilidad del cuidado y supervisión de la salud de los ciudadanos en relación a la enfermedad⁽¹¹⁴⁾. Poco a poco, en los distintos países europeos se van creando servicios de recogida de basuras y se destina un lugar fuera de la ciudad para su depósito. Esto, por otra parte, no deja de ser la natural consecuencia del incremento de población que sufrieron las ciudades, siendo necesario tomar medidas que evitaran la rápida propagación de enfermedades infecto-contagiosas por las precarias condiciones higiénico-sanitarias.

Se debe a la mentalidad ilustrada el intento de mejorar la atención a las clases menos privilegiadas. Así, en el Reino Unido comienzan a hacer su aparición las *Sociedades de Ayuda Mutua* cuya finalidad era la asistencia al enfermo pobre. Se trata de una iniciativa de carácter ciudadano, frente a aquellas otras que aparecen en otros países continentales como Francia, Prusia o incluso España⁽¹¹⁵⁾, dónde se crean instituciones de carácter estatal con idéntica finalidad. Se conforma así el germen de lo que en la República de Weimar será el antecedente de los sistemas aseguradores de los trabajadores.

Mejora también en este período la atención al paciente psiquiátrico. Uno de los pioneros de este cambio de mentalidad fue el médico francés Phillipe Pinel que trató de mejorar las condiciones de vida de los enfermos del Asilo de Bocêtre. En esta

(114) Cfr. LYONS, A y PETRUCCELLI, R.J. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 463

(115) Aunque, como más adelante se verá, España llevará un gran retraso en esta materia respecto a otros países europeos.



misma línea, tuvo gran repercusión clínica la creación del Asilo de York que se convirtió en modelo para otros muchos centros psiquiátricos de Europa.

6.5. EL CONTROL DEL EJERCICIO PROFESIONAL EN EL BARROCO Y LA ILUSTRACIÓN.

Seguirá correspondiendo al Protomedicato el control del ejercicio de las profesiones sanitarias en el período, empezando este control por la necesidad que tenían los graduados en Medicina o en Cirugía de someterse al examen del Tribunal para poder ejercer la profesión. Así, por Pragmática de Felipe III en 1603 se dispuso que para que los Protomédicos pudiesen admitir al examen de Cirugía a los Cirujanos romancistas, era preciso que tuvieran aprobados cinco años de práctica, tres en el Hospital y dos con Médico aprobado.

Por su parte, el Bachiller en Medicina para ser admitido al examen del Protomedicato tenía que presentar un documento acreditativo de la universidad donde realizó sus estudios en el que se certificase que en la misma existían las cátedras de Prima, Visperas y Anatomía y Cirugía; así como tener dos años de prácticas. En otro caso no podía realizar el examen y en consecuencia le estaba vetado el ejercicio profesional.

Hasta tal punto creció el celo para que el ejercicio profesional se realizase por médicos examinados por el Tribunal, que unas provisiones del Consejo Real de 1687 ordenan al Tribunal que veten el ejercicio de la Medicina y los oficios de cirujano, boticario, sangrador y algebrista a todas aquellas personas que nos estuviesen examinadas y aprobadas por el Tribunal, aplicando penas cuando no se cumplan los debidos requisitos.

El prestigio que fueron alcanzando los cirujanos tuvo también su reflejo en la composición del Tribunal del Protomedicato y prueba de ello es que en 1752, Fernando VI dispuso que el cirujano y el boticario que participaban en el Tribunal con voto únicamente consultivo fueran sustituidos por dos cirujanos y dos boticarios que hubieran ejercido un mínimo de dos años y que gozarían de las mismas prerrogativas que el resto de los miembros médicos.

Se sientan así las bases para que pocos años después, en 1780, el Tribunal se escindiera en tres facciones, Medicina, Farmacia y Cirugía, teniendo cada una de ellas autonomía en el control de los respectivos ejercicios profesionales. De este modo, a partir del 13 de abril de 1780 el Tribunal del Protomedicato actúa dividido en tres secciones: la de Medicina, compuesta por tres proto-médicos con tres alcaldes examinadores; la de cirugía, formada por un proto-cirujano y tres alcaldes examinadores; y la de farmacia, de un proto-farmacéutico y tres alcaldes examinadores⁽¹¹⁶⁾.

Dado que esta composición desigual creó diversos problemas, en 1791 se suprimen dos de las tres plazas de Proto-Médicos, quedando la sección de Medicina en lo que a su composición se refiere igual que las de Cirugía y Farmacia. El Tribunal va a mantener esta composición hasta el 20 de abril de 1799 en que por diversas razones cesó en sus funciones, para volver a reanudarlas, no sin altibajos, en el período comprendido entre 1801 y 1822 en que desapareció definitivamente.

Uno de los temas que captó la atención del Tribunal desde los primeros tiempos fue el control del intrusismo, cuestión por otra parte normal dada la multiplicidad de practicantes de la Medicina y la Cirugía legos que existían. Como

(116) Cfr. IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Opus cit. Pág. 79

consecuencia de ello, el 21 de Noviembre de 1737 se dispuso el procedimiento a seguir para con aquellos que practicasen la Medicina, la Cirugía y la Farmacia sin la debida acreditación del propio Tribunal. Así, para la primera vez que infringieran la Ley se imponían las penas de destierro a diez leguas del lugar donde residiesen y al pago de una multa de 500 ducados; para la segunda, 2.000 ducados de multa y destierro de la provincia; y para la tercera, también dos mil ducados y seis años de presidio en África.

Como se puede apreciar se trataba de penas de cierta entidad, a pesar de lo cual no consiguieron el efecto deseado. Por ello, el 28 de abril de 1773, el Tribunal ordenó que todos los médicos y cirujanos que ejercieran en Madrid acudiesen a la escribanía del Tribunal a registrar sus títulos, una vez hecho lo cual, el 25 de julio del mismo año, se confeccionó una lista impresa con los nombres de todos los médicos y cirujanos de Madrid que se entregó a profesores y boticarios, obligándoles bajo pena de multa a que pusieran en conocimiento del Tribunal los nombres de aquellos que ejercían sin licencia.

El procedimiento que se seguía contra los denunciados era el siguiente: para la primera vez se enviaba una carta con amonestación, para la segunda se ordenaba a la justicia del lugar que formase causa y dictase la prisión del procesado, así como el embargo de sus bienes. Una vez concluido el sumario se dictaba la correspondiente sentencia. El proceso más antiguo del que se tiene noticia data de 1655, y se instó contra un cirujano por ejercer la flebotomía, al cual se le condenó a prisión y al pago de 6.000 maravedíes, así como de las costas del proceso.

7. EL EJERCICIO DE LA MEDICINA EN EL SIGLO XIX.

Si bien en las primeras décadas del siglo XIX no se produjeron cambios significativos en la práctica de la Medicina, dos hechos importantes van a condicionar su desarrollo posterior; estos son el descubrimiento de la anestesia y de los microorganismos como causa de las enfermedades. Todo ello, junto con el cambio de mentalidad en materia de salud pública que la Revolución Industrial propició, dará lugar a un nuevo modelo organizativo de la asistencia que afectará fundamentalmente a las condiciones sanitarias de los trabajadores, poniéndose especial atención a la prevención de las enfermedades infecto-contagiosas.

En este sentido cabe destacar la práctica de la vacunación antivariólica preventiva, después de que Jenner, en las postrimerías del XVIII, realizara con éxito la primera inoculación en el brazo de un niño con linfa de una vaca infectada con viruela⁽¹¹⁷⁾. De esta forma, la salud pública se abre paso como disciplina que trasciende más allá de los consejos individuales en materia de higiene, para convertirse en una parte fundamental de la Medicina cuya preocupación es la protección de la salud de todos los ciudadanos, no tanto por un interés altruista (al menos en lo que se refiere a su asunción por las instancias de poder) como por la necesidad de proteger a las clases más favorecidas de las enfermedades que las terribles condiciones de vida de los trabajadores ocasionaban.

También corresponde al siglo XIX la consolidación de la Cirugía como una disciplina científica, a lo que contribuyó el ya mencionado desarrollo de la anestesia;

(117) Existe un precedente a esta práctica que es la variolización, conocida desde muy antiguo en China y la India e introducida en Europa por Lady Wortley-Montague, esposa del embajador inglés en Constantinopla, en 1721

la aparición de especialidades médicas como lógica consecuencia de la cada vez mayor complejidad de los saberes médicos; y el desarrollo de la psicoterapia, siendo fundamental en este aspecto la contribución de Sigmund Freud.

7.1. LA FORMACIÓN DEL MÉDICO DECIMONÓNICO.

El médico del siglo XIX se educa y titula en la Universidad, buscando en ella la mejor formación para atender a la población que le busca con el objetivo de curar o aliviar sus dolencias, aunque el curanderismo sigue teniendo una presencia importante. Las novedades más importantes en relación con la enseñanza en las facultades de Medicina son, entre otras, las siguientes:

- 1ª. El auge de la enseñanza práctica de la anatomía. Los anfiteatros anatómicos son definitivamente sustituidos por las salas de disección
- 2ª. La introducción de dos importantes recursos metodológicos: el desarrollo de la lección clínica, consistente en la exposición de casos concretos y la práctica en centros hospitalarios antes de la graduación. Esta última ya se había iniciado en la centuria precedente, pero es ahora cuando se consolida para quedar definitivamente asociada a la enseñanza de la Medicina
- 3ª. La creación de Institutos de Investigación como complemento necesario de la cátedra universitaria y que permitían el desarrollo científico de la Medicina.
- 4ª. La introducción de nuevas disciplinas en el currículum del médico, como la histología, la anatomía patológica, la pediatría, la

oftalmología, etc, que daban una visión más amplia de la realidad del enfermar humano.

- 5ª. La definitiva unificación de la Medicina y la Cirugía. Tras largos siglos de separación, esta unificación dará lugar a un único profesional con competencias médicas y quirúrgicas

Otras contribuciones a la mejora en la formación de los médicos fueron el rápido crecimiento y difusión de revistas médicas y el desarrollo de congresos científicos como foros de discusión y debate de los avances técnicos y científicos.

El médico, así formado, ya no es un mero espectador, escasamente activo, del curso natural de la enfermedad, sino que el paciente que ahora acude a él sabe que posee suficientes conocimientos para proporcionarle no solo el alivio y la curación de sus dolencias, sino también para prevenirlas.

A pesar de la existencia de estas características comunes a toda la formación médica europea, siguen existiendo diversidades entre los distintos países. Así, en Francia, un decreto de Napoleón de 1803 dividía a los que practicaban la Medicina en tres grandes grupos: doctores en Medicina, doctores en Cirugía y funcionarios de Salud Pública, cada uno de los cuales tenía sus propios requisitos y exámenes para obtener la licenciatura.

En Alemania las diferencias se daban incluso entre los distintos territorios. Así por ejemplo, en el Ducado de Nassau, los médicos y cirujanos constituían un cuerpo del Estado, y aunque debían superar exámenes severos no era preciso un título universitario para ejercer. Paradójicamente, Alemania se convertiría en una de las potencias mundiales en materia médica a lo largo de esta centuria.

En la vecina Prusia existían tres grados de estudios: graduados, los cuales tenían una permanencia de cuatro años en la Universidad; médicos de heridas de primera clase, que requerían pocos años de formación y una menor exigencia en los exámenes de obtención del título; y médicos de heridas de segunda clase, con mínima formación y mínima exigencia en los exámenes.

Por su parte, en Inglaterra el control de la enseñanza médica por las escuelas de los hospitales londinenses, tal y como se venía desarrollando desde la centurias anteriores, hizo que la fundación de la Universidad de Londres en 1827 no significara un cambio sustancial en el modo de enseñanza de la Medicina.

En España, la entrada del siglo XIX coincide con la invasión Napoleónica, teniendo una influencia negativa sobre el desarrollo de la Medicina. Las vicisitudes políticas y económicas que va a sufrir nuestro País a lo largo de esta centuria condicionaron un escaso avance en la formación médica, a pesar de los sucesivos cambios legislativos acontecidos. Se restablece en este periodo el estudio de la Medicina práctica en el Hospital de Madrid, disponiéndose las salas destinadas a él; asimismo, se produce una reforma de los estudios, estableciéndose en todas la Universidades un curso de Medicina práctica, Anatomía, Física experimental y demás ramas comunes a la Medicina y la Cirugía, en un intento de unificación de los contenidos de aquellos.

7.2. EL TRIBUNAL DEL PROTOMEDICATO EN EL SIGLO XIX.

Como es sabido, España no vivió un momento de tranquilidad política y, por ende, legislativa entre 1810 y 1875, lo cual tuvo un claro reflejo en las institución del Protomedicato. En 1801 se restablece el Tribunal, que seguía estando encargado de examinar a aquellos que desearan ejercer la Medicina, aunque ya no de la Cirugía, que

se desgaja de esta institución, para volver a cesar su actividad en 1804, creándose en sustitución la Real Junta Gubernativa Superior de Medicina.

Vuelve a reaparecer con las Cortes de Cádiz en 1811, aunque ahora bajo el nombre de Tribunal Supremo de Salud Pública, con las mismas atribuciones y funciones que tenía antes de 1780, y estando formado por cinco miembros, dos médicos, dos cirujanos y un químico. Poco iba durar este nuevo período, pues por Real Orden de 11 de septiembre de 1814 fue suprimido el Protomedicato, subrogándose en su lugar las Juntas Superiores de Medicina, Cirugía y Farmacia.

Con el inicio del Trienio Liberal (1820-1823) se restablece nuevamente el Protomedicato, según Decreto de 20 de mayo de 1820, encontrando nuevos obstáculos para su desempeño, pues tanto los colegios de Medicina como de Cirugía y Farmacia se negaron a reconocerlo, hasta el punto que fue necesaria una Providencia de 12 de octubre del mismo año para que se le tuviese por cabeza de todos los colegios de la ciencia de curar.

Sin embargo, esta medida no fue suficiente, y tanto agente públicos como privados elevaron sus exposiciones a las Cortes con el objetivo de que lo hicieran desaparecer por encontrarlo en extremo inútil. Hasta el propio Tribunal tuvo que admitir esta inutilidad, pues en virtud de lo establecido en la Constitución de 1812, a excepción de los eclesiásticos y militares, no debía haber más que un solo fuero para toda clase de personas, cuyas causas, fueran civiles o penales, debían ser juzgadas por los tribunales ordinarios, con lo cual no tenía cabida el Tribunal para dilucidar los pleitos y causas que se dieran con médicos, cirujanos y farmacéuticos.

Igualmente, estableció la Constitución una Dirección General de Estudios, a cuyo cargo estaba la inspección de toda la enseñanza pública, a la vez que las

Facultades y Colegios tenían la capacidad de examinar y graduar a sus estudiantes, con lo que la función del Tribunal quedaba reducida a revalidar los examinados en aquellos. Por todo ello, se tuvo a bien disponer, el 5 de enero de 1822, que el Tribunal del Protomedicato quedase suprimido y cesase en el ejercicio de sus atribuciones. Desaparece así una institución médica cuyos primeros cimientos se habían echado varias centurias antes.

7.3. EL NACIMIENTO DE LAS ESPECIALIDADES MÉDICAS.

Aunque desde la época de los griegos habían existido personas dedicadas a practicar una determinada rama del saber médico, como los *ocularii* o las parteras, no se puede hablar de especialidades médicas en sentido propio hasta el siglo XIX. Diversas fueron las condiciones que permitieron la plena consolidación de las especialidades médicas a lo largo del período estudiado:

1. El alto grado de conocimiento alcanzado en el campo de la Medicina requiere especialización. Ya no es posible que un solo profesional conozca todos los aspectos en que se esta desarrollando esta ciencia.
2. El gran desarrollo alcanzado por las ciudades como consecuencia de la Revolución Industrial proporciona no solo el marco económico adecuado para que el médico pueda consagrar toda su actividad a una determinada rama del saber médico, sino que, además, dará lugar a la aparición de enfermedades propias de la vida urbana que requieren una atención especializada. Junto a ello se produce el descubrimiento de diversos microorganismos causantes de enfermedades, siendo un período muy fructífero para la microbiología, hasta el punto de que

se habla de *Revolución Bacteriológica* del siglo XIX. Ligadas a estos fenómenos aparecen especialidades como la salud pública y la pediatría.

3. El desarrollo de refinados instrumentos de estudio y diagnóstico resultó un incentivo para la aparición de especialidades como urología y laringología. El oftalmoscopio fue inventado en 1815 por Helmholtz; el otoscopio en 1841 por Adam Politzer. En la segunda mitad de siglo se inaugura en Inglaterra el primer hospital especializado en enfermedades de garganta, bajo los auspicios de Morrel Makenzie.
4. El gran desarrollo alcanzado por la Medicina legal a lo largo de esta centuria viene condicionado, fundamentalmente, por la cada vez mayor participación del Estado en la sociedad, con el consiguiente recurso al examen pericial médico. Tal es así, que en 1862 se crea el primer cuerpo de médicos forenses por influencia de R. von Krafft-Ebing.
5. La dermatología científica tuvo sus orígenes en los trabajos de Hebra, en la Nueva Escuela Vienes, mientras que la neurología tardó en adquirir entidad propia como especialidad, estando ligada por mucho tiempo a la psiquiatría.
6. También se debe al siglo XIX la aparición de la ginecología como especialidad quirúrgica, adquiriendo un gran desarrollo en la segunda década de dicha centuria. Por su parte, la obstetricia, ya definitivamente en manos médicas, adquiere un gran impulso, debido,

en gran parte, a la introducción de la antisepsia en la ayuda al parto. El éxito de tal medida fue extraordinario, de forma que la mortalidad de las púerperas descendió de un 26% a 1%.

Las especialidades y subespecialidades se fueron haciendo cada vez más numerosas, de tal modo que hoy en día no es posible encontrar ramas de la Medicina y la Cirugía sin subdivisiones específicas. En este sentido, **LÓPEZ PIÑERO**⁽¹¹⁸⁾ establece la existencia de un proceso de consolidación de las especialidades:

El proceso normal de constitución de una especialidad médica suele desarrollarse en dos fases. En la primera se produce la autonomía de una zona de la ciencia y de la técnica médicas, que pasa a ser monopolio de un subgrupo profesional especializado. En la segunda, dicho subgrupo institucionaliza su mecanismo de socialización de nuevos miembros mediante instituciones docentes y titulaciones especializadas, así como su organización interna, a través de asociaciones y sociedades específicas. Como resultado final, la especialidad dispone, además, de instituciones científicas y asistenciales (cátedras, institutos, revistas, salas y hospitales, etc.)

Este fenómeno se fue produciendo, sin duda, a lo largo de estos años del XIX y en los próximos del XX, dando lugar a la aparición de un gran número de especialidades médicas, muchas de ellas natural consecuencia no sólo del incremento del cuerpo de conocimientos en un determinado ámbito de la Medicina, sino también del descubrimiento de nuevos ámbitos de actuación.

(118) LÓPEZ PIÑERO, J.M. Breve historia de la medicina. 1ª edic. Madrid. Edit. Alianza. 2000. Pág. 228

7.4. LA ASISTENCIA MÉDICA EN EL SIGLO XIX.

La asistencia médica del XIX se caracteriza por oscilar entre el sostenimiento de la tradición y la aparición de importantes novedades que van a configurar un modelo de atención que abrirá las puertas a las concepciones actuales.

Así, como ya ocurría en el pasado la asistencia estaba dividida en función de las clases sociales: Los más pudientes, cuando su estado lo permitía, acudían a los consultorios de los más prestigiosos médicos y especialistas, y cuando no era así eran visitados y atendidos en sus propios domicilios. En el otro extremo, los menos favorecidos se veían abocados a los hospitales de beneficencia, donde las condiciones higiénicas apenas se habían modificado a pesar de los importantes descubrimientos realizados. Eso sí, allí eran atendidos por equipos de prestigiosos profesionales que enseñaban a sus alumnos a pie de cama.

Por su parte, las clases medias acudían a médicos “baratos” o hacían uso de los servicios de las asociaciones para la ayuda mutua: las *Friendly Societies*, en el Reino Unido; las *Sociedades de Socorros Mutuos*, en España; cualquier recurso era bueno con tal de no acudir al hospital.

Sin embargo la situación de las clases bajas va paulatinamente cambiando. Como ha dicho **RIERA**⁽¹¹⁹⁾, hay que buscar en el nacimiento de una nueva conciencia

(119) **RIERA**, J. Historia, Medicina y Sociedad. Opus cit. Pág. 368

social una cuota importante de responsabilidad respecto a los cambios en materia de asistencia sanitaria:

Los movimientos sociales y el afianzamiento de una clara conciencia social en los medios obreros del siglo XIX suscitaron una serie de reformas que afectaron de lleno a [...] la asistencia sanitaria [...]; la idea del derecho a la asistencia sanitaria como inalienable de la persona humana triunfó como logro y valor social amplia y mayoritariamente aceptado en el último siglo.

Paulatinamente se fueron desarrollando estructuras de atención sanitaria gratuita para los obreros y campesinos. Así:

1. En Rusia, el sistema *Zemstvo*, que proporcionaba asistencia gratuita a los campesinos a través de una red de funcionarios médicos, y que sirvió de base para la posterior socialización de la Medicina subsiguiente a la Revolución de Octubre.
2. En Alemania, aparecen las *Krankenkassen* de Bismarck, precedente de los Sistemas de Seguridad Social. Este sistema fue adoptado posteriormente por otros países como Austria, Hungría, Noruega, Suiza y Luxemburgo.
3. En Inglaterra, ya a comienzos del siglo XX, se dan los primeros pasos hacia la creación de un Seguro Nacional de Salud a través de la *Poor Law Commission*.

Todas estas novedades no se consolidarán en nuestro País ya bien entrado el siglo XX, si bien es cierto que, a partir de 1908, con la creación del Instituto Nacional de Previsión, se intenta dar algunos tímidos pasos en esta materia.

7.5. EL CONTROL DEL EJERCICIO PROFESIONAL.

Al siglo XIX se debe también la consolidación de los primeros colegios profesionales médicos en nuestro País, aunque es necesario insistir en que los precedentes remotos de los colegios profesionales podemos situarlos en la antigua Roma, con los denominados *collegia*⁽¹²⁰⁾, que eran asociaciones de carácter profesional, social y religioso, siendo la pertenencia a los mismos de carácter hereditario. Posteriormente, en la Edad Media, también los gremios, como ya se señaló, conformaron un modo de asociacionismo profesional que contaba con la suficiente autonomía para regular las condiciones trabajo y las actividades desarrolladas por aquellos que pertenecían a los mismos, manteniendo su poder hasta el siglo XIX, en que el Estado comienza a intervenir de una forma más activa en el control del ejercicio profesional⁽¹²¹⁾. **PADRÓN**⁽¹²²⁾ trata de explicar este cambio de actitud de los poderes públicos:

Los gremios, como antecedentes de las actuales organizaciones profesionales, [...] intentan compatibilizar el interés general -la garantía de la identidad y calidad de los productos-, con las particulares en defensa de la profesión y sus profesionales.

(120) Cfr. en este trabajo el epígrafe 2.2. La formación del médico. Pág. 28

(121) No obstante, en Europa, los primeros colegios profesionales como una forma de asociacionismo profesional, aparecieron en el siglo XVI. En este sentido cfr. en este trabajo el epígrafe 5.3. El control del ejercicio profesional. Pág. 69.

(122) **PADRÓN DÍAZ, C.** La profesión de Arquitecto. Formación, atribuciones y responsabilidades. 1ª edic. Las Palmas. Edit. Dpto de Construcción Arquitectónica de la U.L.P.G.C. y C.O.A.C. 1996. Pág. 311

Equilibrio que se romperá cuando los gremios ejerzan presión en la defensa de los privilegios de clase. Ello provocará a principios del siglo XIX, que la Administración pública regule la libertad de ejercicio profesional como necesidad de una sociedad que desea abrirse al desarrollo comercial e industrial, para lo que la defensa de los intereses corporativos de los gremios suponía un auténtico freno.

En el ámbito médico, el precedente inmediato de estas asociaciones profesionales se sitúa en 1795 con la creación del Real Colegio de Medicina. Así, señala IBORRA⁽¹²³⁾ quienes estaban obligados a incorporarse a dicho Real Colegio:

Se habían de incorporar los que desearan establecerse en la corte y sitios reales, previos los actos de reconocimiento de su instrucción, vida y costumbres, con tal precisión, que si algún individuo, no siendo colegial, fuese nombrado para la plaza de la Real Cámara y familia o cualquiera otra, debía preceder la dicha incorporación antes de empezar el ejercicio de su ministerio.

En este momento, las obligaciones principales del Colegio son las que seguidamente se señalan:

- 1º. Pericias médico-legales ante jueces y tribunales
- 2º. La censura de obras médicas.
- 3º. Policía médica.
- 4º. Control de las boticas
- 5º. Cuestiones relativas a la sanidad pública

Junto a este nuevo sistema de control, desaparecido el Tribunal del Protomedicato y establecido por el constitucionalismo de primeros de siglo la

(123) IBORRA, P. Historia del Protomedicato en España. Opus cit. Pág. 165

existencia de un único fuero para toda clase de personas, como ya se mencionó⁽¹²⁴⁾, corresponderá al Derecho común (Civil y Penal), la determinación y regulación de las conductas que habrían de ser calificadas de ilícitos penales y civiles. Este hecho va a suponer un hito importante por cuanto construye lo que podríamos denominar la tipificación de las conductas antijurídicas tanto en el ámbito civil como penal, con la consiguiente desaparición de la casuística tan característica del Derecho anterior.

Conviene ahora señalar algunas cuestiones tanto respecto al fenómeno de Codificación, como a la promulgación del Código Penal de 1822, así como los intentos de elaboración del Código Civil.

Al comenzar el siglo XIX están vigentes en nuestro País la Novísima Recopilación, los Fueros y las Partidas, por este orden de prelación establecido por el Ordenamiento de Alcalá de 28 de febrero de 1386 que la propia Novísima Recopilación reproduce. Inicialmente, las fuentes eran solo los Fueros y las Partidas, pero los tiempos hacen necesario incorporar las nuevas regulaciones, y así, la disposición mencionada⁽¹²⁵⁾ se establece:

Los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron, salvo aquello que Nos halláramos que se deben enmendar y mejorar, y en lo que al que son contra Dios, y contra razón, y contra las leyes que en este nuestro libro se contienen: por las quales mandamos, que se libren primeramente todos los pleytos civiles y criminales; y las contiendas que se no pudieren librar por las leyes deste nuestro libro y por los dichos fueros, mandamos que se libren por las leyes de las Siete Partidas.

(124) Cfr. en este trabajo el epígrafe 7.2. El Tribunal del Protomedicato en el siglo XIX. Pág. 95.

(125) Ordenamiento de Alcalá, Tít.28, Ley 1, reproducida en la Novísima Recopilación, 3, 2, 3.



Los primeros intentos de Codificación aparecen en España a finales del siglo XVIII, de la mano de Jovellanos y otros pensadores ilustrados, aunque la cristalización del ideal codificador se produce con la promulgación de la Constitución de 1812, que en su artículo 258 establece que los Códigos civil, criminal y de comercio serían uno para toda la monarquía. Al encontrarse ligada la idea de codificación al pensamiento liberal, el período absolutista hace abortar este primer intento, aunque el segundo período liberal (1820-1823) hará nacer el primer Código Penal (1822).

Con el segundo período absolutista (1823-1833) vuelve a desaparecer el propósito codificador, que no encuentra su momento hasta la llamada *década moderada* que se inicia en 1843. En ese momento se crea la Comisión General de Códigos cuyo objetivo era la elaboración de un Proyecto de Código Civil que se remite a las Cortes en 1851 y que va a constituir el antecedente inmediato de nuestro actual Código. Este Proyecto se va a caracterizar, entre otras cosas, por su clara tendencia unificadora al señalar que debían quedar derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación del mismo. Fue quizás este uno de los problemas que hicieron que el Proyecto nunca llegara a convertirse en Código, dado que el Gobierno no deseaba avivar las heridas que había dejado la guerra carlista en las regiones que poseían sus fueros. A partir de este momento se inicia una labor legisladora que pretende dar solución a problemas concretos, promulgándose, así, la Ley Hipotecaria (1861), la Ley de Aguas (1866), la Ley del Notariado (1862), etc.

Finalmente, por Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 se autoriza al Gobierno para que redacte y publique un Código Civil, siguiendo las condiciones establecidas en ella. Este Código Civil se manda a publicar por Real Decreto de 6 de Octubre de 1888, suscitándose una fuerte discusión por como el Gobierno había seguido el mandato establecido en la Ley de Bases. Fruto de ello fue una segunda edición del

mismo cuerpo que se publica el 24 de julio de 1989 y que consolidó los conceptos de responsabilidad civil contractual y extracontractual que han llegado sin sustanciales modificaciones hasta nuestros días.

Por lo que respecta al Código Penal de 1822, su vigencia, si realmente la tuvo, fue breve. El 26 de agosto de 1820, las Cortes nombran una comisión a la que encargan la redacción de un Código Criminal, proyecto que se terminó el 21 de abril de 1821. Se hicieron las pertinentes consultas a las universidades, colegios de abogados, Tribunales, etc., que dieron como resultado algunas variaciones del borrador, después de lo cual fue presentado a las Cortes para su discusión y aprobación, siendo aprobado el 8 de junio de 1822 y publicado en septiembre del mismo año.

Una Real Orden de 27 de septiembre de 1822, establece que el Código debía entrar en vigor el 1 de enero de 1823, pero las vicisitudes políticas del momento van a darle una corta existencia, como ya se dijo. El 7 de abril de 1823 entran en España los *Cien mil hijos de San Luis*, y varios meses más tarde, en octubre, el rey Fernando VII anula todos los actos realizados por el gobierno constitucional. Se regresa así al sistema anterior hasta la aparición del Código de 1848.

Otras dos reformas del Código se produjeron a lo largo del siglo; una en 1850, que fue de escasa importancia, y otra mayor en 1870, en la que se extiende la punibilidad de las conductas culposas a la imprudencia simple sin infracción de reglamento, cuando sean contra las personas o la propiedad (artículos 605 y 619). Este Código permanecerá en vigor hasta 1928.

Una temprana sentencia en materia de responsabilidad penal de un médico es dictada por el Tribunal Supremo el 5 de julio de 1887. En ella se estima el recurso

producido contra una Sentencia de una Audiencia Provincial por la que se condenaba a un médico y un cirujano a dos años y cuatro meses de prisión correccional e indemnización de 500 pesetas a los familiares de la víctima por un delito de imprudencia tipificado en el Código penal de 1870. La Sentencia declara como hechos probados los siguientes:

Que al amanecer del 3 de diciembre de 1857 y en lugar de Q., parroquia de C., se levantó de la cama M.M. a consecuencia de los dolores preparativos de parto, que se fueron agravando por la tarde, en que empezó a descender el feto presentando uno de los brazos; y como no variase de esa posición y empeorase a cada momento la parturienta, echaron agua de socorro al feto y fueron a llamar al cirujano titular, don B. C., en la parroquia de S., con quien estaban igualados; el cual, después de reconocer a la paciente en seguida que llegó, siendo sobre las 10 de la noche, y no gustándole su estado, expuso se llamase a otro facultativo que le acompañase a practicar la operación, contestando la enferma que no había donde recurrir; por lo que C. le dispuso primero unos baños de asiento y después operó, consiguiendo extraer el cuerpo del feto, más no su cabeza, a pesar que lo procurara, dejando después descansar a la paciente por indicación de esta; pero como al poco rato le pidiese que viniera si concluía librarla, el indicado C. contestó que nada haría sin que viniese el médico y un cura; y en efecto, al poco rato se presentó este y a las seis de la mañana siguiente fueron en busca de un facultativo residente en R., quien llegó sobre las 11 de la misma; y enterado C. del estado de la enferma, mandó componer al herrero un instrumento que traía consigo; y cuando concluía la verificación, pasada una hora, falleció la paciente M.M. [...] practicada la autopsia del cadáver describieron tres facultativos haber encontrado el útero roturado por desgarramiento en toda su parte anterior y laterales, siendo irregulares los bordes de la siguiente herida, apareciendo situada la cabeza de un feto de todo tiempo en su lado superior derecho, con el mentón dividido por desgarramiento; que tanto la cavidad uterina, como la vagina presentaban diferentes alteraciones patológicas y que los diámetros de ambos estrechos de la pelvis eran normales, lo mismo que las dimensiones del feto; deduciéndose de todo ello que la madre murió a consecuencia de la gran rotura de útero y de su siguiente hemorragia; el feto probablemente por dislocación vertebral

El Tribunal Supremo, estimó el recurso presentado por la defensa al entender que las circunstancias en que se produjeron los hechos difícilmente permitían una actuación de otro tipo y un resultado distinto del que se produjo. En este sentido se abre una línea jurisprudencial que ha pervivido hasta nuestros días, consistente en la configuración de la exigibilidad de otra conducta distinta a la desplegada por el autor como elemento esencial para determinar la existencia de responsabilidad.

8. LA MEDICINA ACTUAL.

Hasta la I Guerra Mundial, la Medicina sigue desarrollándose como ya lo hiciera a lo largo de la pasada centuria. El final de la Segunda Guerra, cierra un periodo en la historia del planeta y abre en ella otro distinto, que podemos llamar “actual”. Si los siglos precedentes fueron testigos de una revolución científica, una revolución política y una revolución industrial, la segunda década del siglo XX va a presenciar una revolución técnica. Una característica marcada de la Medicina contemporánea es su tecnificación, que en los casos más extremos se va a traducir en un alejamiento de la individualidad del paciente para convertirlo en un fenómeno de estudio y manipulación. REISER⁽¹²⁶⁾ expresa este fenómeno de la siguiente forma:

Las máquinas dirigen inexorablemente la atención de médico y paciente hacia los aspectos mensurables de la enfermedad, apartándola de los factores humanos que son, al menos, de igual importancia. Por ello, sin comprender bien lo que ha estado ocurriendo, el médico [...] ha estado abandonando su insatisfactorio apego a la evidencia subjetiva -lo que dice el paciente- tan sólo para sustituirla por una devoción a la evidencia tecnológica: lo que dice la máquina.

(126) REISER, S.J. La Medicina y el imperio de la tecnología. 1ª edic. México. Edit. Biblioteca de la Salud. 1990. Pág. 263

Esta situación alcanza su punto álgido en torno a la década de los sesenta, especialmente en Estados Unidos, dando como resultado, por oposición, el desarrollo de un movimiento ciudadano e institucional cuyo objetivo va a ser la humanización de la asistencia sanitaria que, en muchas ocasiones, va a verse sometido al criterio de jueces y tribunales a través de acciones civiles y penales.

Por otra parte, los avances científicos consolidados en los siglos precedentes situaron al investigador contemporáneo en el trance de mostrarse sumamente creativo si quería realizar alguna aportación novedosa. Así sucedió por ejemplo en el campo de la anatomía. En 1920 no era posible añadir ninguna noción anatómica-descriptiva a lo que ya se había hecho. Por ello, anatomistas como Braus, iniciaron una nueva concepción de esta ciencia, que entendían no solo como descriptiva sino también como causal, ya no se trata solo de describir las estructuras, sino también de explicar su función.

Por su parte, la genética humana alcanza un alto nivel de desarrollo en las postrimerías del siglo XX. El estudio de los trastornos genéticos comenzó a desarrollarse a partir de los años cuarenta, y ya en la década siguiente se contaba con métodos para determinar el número de cromosomas, fijándose la dotación normal del hombre en 46; se descubrieron alteraciones cromosómicas, como la *trisomía del par 21* que da lugar al síndrome de Dawn.

A partir de los años sesenta comenzaron a desarrollarse técnicas que permitían el diagnóstico prenatal de los trastornos genéticos. Al momento actual, el desarrollo de la genética es tal que ya es posible duplicar un ser vivo a partir del núcleo celular de otro.

El desarrollo de técnicas de manipulación genética, entendida esta, en sentido amplio, como la capacidad de introducir de manera artificial alteraciones en el patrimonio genético de los seres humanos ha sido probablemente el hito más destacado de la ciencia y la técnica biomédica del siglo XX, dando lugar a una dicotómica valoración de la misma: Para unos, en el desarrollo de la ingeniería genética está el futuro de la curación de la práctica totalidad de las enfermedades; para otros, los genetistas y biólogos moleculares han abierto un caja de Pandora que contiene horrores inimaginables.

Como ya dijo Aristóteles, probablemente en el punto medio esté la virtud; las implicaciones éticas y jurídicas que la aplicación de estas biotecnologías entraña son de gran calado y requieren una reflexión cuidadosa a la hora de su aplicación ya no sólo por parte del médico, sino también de juristas, bioeticistas, teólogos, y de toda la sociedad en su conjunto, en la medida en que la alteración en el genoma de un individuo ya no le va a afectar sólo a él, sino que podría introducir un nuevo carácter que afectaría al conjunto de los seres humanos como especie.

También la inmunología, que asociada al estudio de las enfermedades infecciosas comenzó a desarrollarse en el siglo XIX, ha alcanzado importantes cotas de saber; la virología; la oncología; la anatomía patológica, etc., en todas las ciencias médicas los avances han sido espectaculares, traduciéndose no sólo en un mayor conocimiento teórico, sino también en una mayor proyección práctica del mismo: transfusiones, trasplantes de órganos, tratamientos con productos citostáticos, etc.

En este sentido, la pregunta que los profanos nos hacemos, es si todavía queda algo por descubrir, si existe aún alguna realidad del enfermar humano que no haya sido mínimamente visualizada o descrita. Solo el tiempo responderá esta pregunta.

8.1. LA FORMACIÓN MÉDICA EN LA ACTUALIDAD.

Las revoluciones políticas, científicas y económicas de los siglos precedentes influyeron de forma decisiva en un cambio en los modelos de estudio que hasta ese momento se había desarrollado en las universidades. En Francia, la Revolución propició la aparición de un nuevo tipo de centros de formación llamados escuelas de salud, primero, y escuelas de Medicina, después, en las cuales se potencia el estudio a pie de cama del paciente. A comienzos del XIX estos centros se integran en el nuevo modelo de universidad como facultades de Medicina, acabándose definitivamente con la separación entre médicos y cirujanos, y uniéndose, ya con carácter permanente, la enseñanza de la Medicina a los hospitales.

El otro modelo formativo se desarrolla en Alemania, país en el cual, además de asumir la formación práctica del médico, se desarrollan dos principios que servirán de modelo al resto de Europa y Estados Unidos. **LÓPEZ PIÑERO**⁽¹²⁷⁾, al analizar la reorganización de la Universidad de Berlín señala:

Consistían esencialmente en dos principios: adscribir la formación de los médicos a facultades de medicina en universidades públicas, que debían ser para el Estado una responsabilidad económica y administrativa de primer orden y mantener estrechamente asociadas la investigación y la enseñanza tanto en la selección del profesorado como en la práctica docente [...]. Condujo en la práctica a un fenómeno de extraordinaria trascendencia: La aparición del profesional de la enseñanza y la investigación médicas, dedicado a ellas en exclusividad tras varios años de preparación científica dedicados principalmente a la “tesis de habilitación” que faculta para la docencia.

(127) LÓPEZ PIÑERO, J.M. Breve historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 217

Se trataba de un sistema verdaderamente innovador que permitió *profesionalizar* la enseñanza de la Medicina, aunque a nuestro país llegó tarde y mal, tanto el modelo francés como el alemán. Así, por ejemplo, la unificación de médicos y cirujanos no se produjo en España hasta el plan de estudios de 1843, arrastrando hasta nuestros días la consecuencia de que el título que se concede al estudiante de Medicina que finaliza sus estudios sea el de *Licenciado en Medicina y Cirugía*, que facultó para el ejercicio general de ambas, hasta hace pocos años, en que se implantó el sistema MIR -al que más adelante se hará mención- también para el ejercicio de la Medicina general.

Por lo que se refiere a la enseñanza clínica, aunque el modelo se adoptó en nuestro País, en la práctica, la formación del médico siguió manteniendo su carácter eminentemente teórico, situación que se mantiene prácticamente hasta las más recientes reformas de los planes de estudios.

La recepción del modelo alemán fue más difícil, entre otras cosas, porque requería de un compromiso de financiación de las universidades públicas por parte del Estado, sacrificio que, como es bien sabido, apenas ha comenzado a manifestarse en los últimos veinte años. Efectivamente, una de las características de la Universidad española ha sido la escasez de recursos para formar personal investigador y docente, en el entendimiento, además, de que ambas actividades eran de carácter vocacional, por lo que el que estuviera interesado en ellas debía sacrificar tiempo y recursos propios. Afortunadamente, esta situación ha cambiado y en nuestro País se produce una investigación de alto nivel que nada tiene que envidiar a los países de nuestro entorno.

Junto a esto, también existen diferencias en España respecto al resto del mundo propiciadas por su situación durante la Segunda Guerra Mundial. Ciertamente,

el conflicto bélico, y con él la necesidad de ganar al enemigo, generó un estímulo de todos los tipos de progresos científicos y técnicos, que además se difundieron rápidamente por todos los países implicados. Mientras esto sucedía, España se mantenía aparentemente al margen, recuperándose de una guerra civil; esta situación de aislamiento se mantuvo prácticamente hasta la década de los cincuenta.

En 1944 se dicta el Decreto de 7 de julio sobre Ordenación General de la Facultad de Medicina, cuyo objetivo es estructurar los estudios de Medicina en dos periodos: una primera etapa preclínica que pretende, según la propia Exposición de Motivos, *tamizar* las vocaciones; y un periodo clínico que pretende dotar de completa capacidad profesional al estudiante. Se definen en este Decreto cuestiones diversas, entre las que se incluye la misión de la facultad de Medicina:

La Facultad de Medicina tiene a su cargo, como parte integrante de la Universidad española, la enseñanza de las ciencias médicas, la consiguiente habilitación de sus alumnos para el ejercicio profesional y el fomento de la investigación científica, todo ello al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de España.

En 1955 se produce un intento de reforma de la educación universitaria en nuestro país, por medio de la Ley de Educación de 20 de julio de 1955, que viene a reconocer treinta y cinco especialidades médicas. Se exige en este momento para la obtención del título de licenciado en Medicina realizar estudios de especialización de acuerdo a un programa nacional único, ligado a la universidad, aunque no necesariamente se impartiera en ella. Efectivamente, la formación podía desarrollarse en las facultades de Medicina, vinculada a distintas cátedras, pero también en centros e institutos de especialización médica, que requerían el informe favorable del claustro de la facultad correspondiente, el cual estaba sujeto a la valoración final de los rectorados, que eran quienes realizaban las pruebas finales.

La Ley 14/1970, General de Educación, de 4 de agosto, propone una reestructuración de la educación universitaria en tres ciclos, así como la inclusión de Escuelas Universitarias para el desarrollo y organización de estudios de ciclo corto único. Poco después, por Ordenes Ministeriales de 28 de julio de 1971 y 9 de diciembre de 1977, se consolida un sistema de formación médica especializada desvinculada de las Universidades y sujetas a la Seguridad Social; en definitiva, se mantiene en la Universidad la formación pregraduada y se deja la especialización en manos del Sistema Nacional de Salud, aunque no de una manera absoluta.

Sin embargo, no pasa mucho tiempo sin que este sistema se vea nuevamente alterado en virtud de la publicación del Real Decreto 2015/1978 de 15 de julio, por el que se regula la obtención de títulos de especialidades médicas. Dicha normativa establecía lo siguiente en su artículo 1:

Para denominarse de modo expreso médico especialista y para ocupar puestos de trabajo en centros e instituciones públicas o privadas con tal denominación, se requiere estar en posesión del correspondiente título de especialista, expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio del libre ejercicio de la profesión que asiste a los licenciados en Medicina y Cirugía.

De esta forma, se vuelve a atribuir la formación especializada del médico, de manera conjunta, al Ministerio de Sanidad y Seguridad Social y al Ministerio de Educación y Ciencia, siendo éste último el que expedía el título. Serán los centros sanitarios de la Seguridad Social acreditados y los profesionales que en ellos trabajan, los que formen a los nuevos especialistas. Asimismo, se establecen por esta normativa diecinueve especialidades nuevas, pasando, así a cincuenta y una, de las treinta y cinco existentes con anterioridad.

Es de hacer notar como se exige la especialidad para el ejercicio de la profesión por cuenta ajena, en centros públicos y privados, y no así para lo que llama el libre ejercicio de la profesión, pudiendo dar la la sensación de que se toleraba el ejercicio como especialista al profesional que no disponía el título de tal, siempre y cuando el ejercicio se efectuara por cuenta propia. Sin embargo, hay que entender que ese libre ejercicio se refiere a la práctica de la denominada Medicina General⁽¹²⁸⁾.

Corresponde también a este Real Decreto la creación de comisiones nacionales de especialidad por cada una de las existentes, encargadas de la organización de las enseñanzas en sus aspectos teóricos y prácticos, así como en materia de duración y criterios de evaluación de las mismas. Asimismo, y a efectos de propiciar una adecuada coordinación, se crea el Consejo Nacional de Especialidades Médicas, integrado por representantes de cada una de las comisiones nacionales de especialidad.

El Real Decreto 127/1984 de 31 de enero deroga todas las normas anteriores relativas a la obtención de títulos de especialista, continúa en la línea de formación establecida en el Real Decreto 2015/1978, implantando el sistema MIR como única vía de acceso a la especialización médica, y establece las cuarenta y nueve especialidades médicas vigentes en la actualidad.

Es necesario recordar que junto a todas estas transformaciones se está produciendo en nuestro País un cambio mucho mayor: se pasa de un régimen autoritario a uno democrático. La transición española comienza formalmente con la

(128) Apoyan esta interpretación distintas Sentencias de la jurisdicción penal, entre las que cabe destacar la de 13 de junio de 1990 en la que la sala segunda del Tribunal Supremo afirma que un médico no especialista no puede dedicarse de manera continua al diagnóstico y tratamiento de enfermedades incluidas entre las propias de una determinada especialidad

muerte de Franco el 20 de noviembre de 1975 y alcanza su punto álgido con la promulgación de la Constitución en 1978, tras lo cual se produce un abundante desarrollo legislativo en todos los ámbitos, al que la Universidad española no resulta ajena, y así, por Ley Orgánica 1/1983 de 25 de agosto se abre la puerta a la reforma de las estructuras universitarias.

Pero también alcanza la reforma a la ordenación académica de las enseñanzas y por Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre -con diversas modificaciones posteriores-, se establecen las directrices generales para la elaboración de los planes de estudios para la obtención de los títulos de carácter oficial y validez en todo el territorio español. Con ello se está en condiciones de proceder a la elaboración de las directrices propias de cada titulación.

También incide en la formación médica de este período la entrada de España en la Unión Europea, por cuanto supone, entre otras cosas, armonizar los títulos españoles con los europeos mediante la transposición al derecho interno de las directivas comunitarias sobre esta materia. En el caso del título de Medicina, esta directiva es, inicialmente, la 75/363/CEE de 16 de junio de 1975, y el 20 de noviembre de 1990 se publica el Real Decreto 1417/1990, de 26 de octubre, por el se establece el título universitario oficial de Licenciado en Medicina.

Esta normativa va a sufrir diversas modificaciones posteriores en virtud de los propios cambios en la norma europea, fundamentalmente, la Directiva 93/16 CEE, de 5 de abril⁽¹²⁹⁾, destinada a facilitar la libre circulación de médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos. Quizá lo más

(129) En aplicación nacional se adopta mediante el Real Decreto 2072/1995 de 22 de diciembre

destacado de esta norma es la consolidación de la obligatoriedad de una formación específica para el médico generalista.

Efectivamente, hasta ese momento, el título que se expedía en nuestro país a aquél que terminaba sus estudios de Medicina era el de Licenciado en Medicina y Cirugía⁽¹³⁰⁾. Dicha titulación capacitaba al que la poseía para el ejercicio público y privado de la Medicina General. Sin embargo, en virtud de la referida norma europea se va a establecer la necesidad de contar con una *formación específica* para ejercer la Medicina general. Así, el artículo 30 de la Directiva establece:

Cada Estado miembro que imparta en su territorio el ciclo completo de formación contemplado en el artículo 23⁽¹³¹⁾, establecerá una formación específica en medicina general que responda al menos a las condiciones previstas en los artículos 31 y 32 [...]

En cuanto a las características que debe reunir esa formación específica, son detalladas en el artículo 31, en el que, entre otras cosas, se establece una duración de al menos dos años; un carácter eminentemente práctico; un desarrollo tanto en el ámbito de la atención hospitalaria, como de la extra hospitalaria -se prevé un mínimo de seis meses de prácticas en cada uno de estos entornos-; y todo ello condicionando el acceso a esta formación a la obtención del Título de Licenciado en Medicina.

(130) Esto último no dejaba de ser una reminiscencia del pasado, fruto de la unificación entre médicos y cirujanos en un único ejercicio profesional, como ya se señaló.

(131) Se regulan en el artículo 23 de esta Directiva las condiciones de desarrollo de la enseñanza pregraduada de la Medicina.

De esta manera, se supedita el ejercicio de la Medicina General a la obtención de un título -que en España se denomina *Especialista en Medicina Familiar y Comunitaria*-, tal y como establece el artículo 36.1 de la referida norma europea:

A partir del 1 de enero de 1995, cada Estado miembro condicionará, sin perjuicio de las disposiciones sobre derechos adquiridos, el ejercicio de las actividades de médico generalista en el marco de su régimen nacional de seguridad social, a la posesión de un diploma, certificado u otro título contemplado en el artículo 30.

Es de hacer notar, que sólo se supedita a la obtención del título de especialista en Medicina Familiar y Comunitaria, el ejercicio de la Medicina en el ámbito público, específicamente en el ámbito de la Seguridad Social, lo que implica, en sentido contrario, que no es necesaria tal formación cuando del ejercicio privado se trata. De esta forma, se produce la contradicción de que legítimamente puedan coexistir dos profesionales ejerciendo la misma actividad con distinta formación.

Al inicio del siglo XXI nos encontramos con una Medicina altamente especializada fruto de la imposibilidad de reunir en un solo profesional todo el conocimiento médico -científico y técnico- que se ha producido a lo largo de los tiempos, lo que ha conllevado la necesidad de idear sistemas de acceso a la formación especializada.

El sistema MIR, vigente en nuestro país, ha sido, y es, duramente criticado, especialmente en sectores profesionales, por tratarse de un sistema centralizado -en un momento en que cada vez son más patentes las distintas necesidades sanitarias de las Comunidades Autónomas-, así como por fomentar la memorización, más que la habilidad clínica.

También, y quizá esto pueda ser más grave, se acusa a este sistema de formación especializada de impedir la satisfacción de vocaciones profesionales, en la medida en que la elección de la especialidad se realiza en virtud de las plazas convocadas y de la puntuación alcanzada en el examen de acceso. La organización y desarrollo de la formación especializada se convierte, así, en una asignatura pendiente.

8.2. LOS COLEGIOS PROFESIONALES.

Con los precedentes que ya se han puesto de manifiesto, que continuaron consolidando las organizaciones de carácter profesional, la Constitución de 1978 vino a dar un impulso sin precedentes a los colegios profesionales al disponer en su artículo 36 que por ley se regularían sus peculiaridades, así como el ejercicio de las profesiones tituladas. En realidad, esa ley ya existía, pero era necesaria su reforma, a fin de adaptar el funcionamiento de los colegios a la forma de gobierno democrática consagrada en la norma suprema. Esa reforma vio la luz el 26 de diciembre de 1978.

La Ley 2/1974, de 13 de febrero de colegios profesionales, modificada por la Ley 74/1978 de 26 de diciembre, establece que los colegios profesionales son corporaciones de derecho público, que cuentan con personalidad jurídica propia y com plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, esto es, para la ordenación del ejercicio de las profesiones, su representación exclusiva y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados.

Se otorga a los colegios capacidad para regirse por sus propios estatutos, sin perjuicio de las normas que regulen la profesión de la que se trate y, en todo caso, estableciendo un sistema democrático de organización y funcionamiento. Aunque nada dice la Ley acerca de cual ha de ser la estructura de la organización colegial, es

clara la existencia de una junta de gobierno, al frente de la cual estará un presidente o decano, que debe encontrarse en el ejercicio de la profesión, y al que corresponde la representación legal del colegio.

Las competencias de los colegios profesionales son, básicamente, de dos tipos. Un primer tipo, que podemos considerar de carácter externo, porque afecta a la relación de la corporación con otras entidades o instituciones públicas y privadas, actuando en estos casos como representante y defensor de los intereses del colectivo profesional. Entrarían en este grupo el deber de informar de los proyectos de ley o disposiciones de cualquier rango que se refieran a la formación o atribuciones de sus colegiados; igualmente, de las incompatibilidades con otras actividades y de los honorarios mínimos.

El segundo grupo de competencias, tendría carácter interno en la medida en que afecta, fundamentalmente, a la relación con los colegiados. Dentro de este apartado, se encontraría la obligación de los colegios de velar por la ética y la dignidad de la profesión, procurando la armonía y la colaboración entre los colegiados, y también deben ejercer las facultades disciplinarias que tienen atribuidas; en definitiva, todo lo que tiene que ver con la ordenación interna de la profesión⁽¹³²⁾.

(132) Sin perjuicio del carácter interno de ese grupo de competencias descritas, es innegable la existencia de un beneficio para externos cuando el colegio desarrolla adecuadamente este tipo de competencias. Esos externos son los usuarios de los servicios profesionales de los colegiados, en la medida en que si se vela por un adecuado ejercicio profesional, serán ellos los que de modo más directo resultarán beneficiados por la mejor atención recibida

Finalmente, conviene insistir en la obligación ya mencionada de colegiación para el ejercicio profesional. Efectivamente, en este sentido el artículo 3.2 de la Ley de Colegios Profesionales dispone lo siguiente:

Será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones colegiadas la incorporación al Colegio en cuyo ámbito territorial se pretenda ejercer la profesión

La existencia de los colegios, a la finalidad que previene la Ley se encuentra plenamente justificada, particularmente en lo que se refiere al objetivo de proteger a los usuarios de los servicios profesionales, velando por el correcto ejercicio. Otra cosa distinta, es que en la práctica se haya podido producir una cierta desviación y, en ocasiones, se sirva más a intereses particulares que generales (tanto de los colegiados como de la sociedad).

En cualquier caso, resulta positivo la existencia de asociaciones profesionales que, sin perjuicio de las competencias que a los colegios corresponden, puedan traer a la luz pública los debates y las inquietudes que existen en el seno de la profesión en los diversos ámbitos donde esta se desenvuelve, de forma que acerquen más a la realidad profesional actual a la sociedad en general.

8.3. LA ASISTENCIA MÉDICA EN LA ACTUALIDAD.

El siglo XX incorporó importantes novedades en materia de asistencia médica, siendo, probablemente, la más destacada el definitivo destierro de la diversificación de la atención en función del nivel socioeconómico del paciente. Efectivamente, corresponde a este período, aunque existieran antecedentes, la

socialización de la asistencia médica, que en palabras de LAÍN ENTRALGO⁽¹³³⁾, constituye el único recurso eficaz para acabar con la injusta discriminación, tradicional en el ejercicio de la Medicina.

Los antecedentes inmediatos de la colectivización de la asistencia médica se encuentran en las ya citadas *Krankenkassen* y en las llamadas *Leyes de Pobres* inglesas. En nuestro país, en 1908 se crea el Instituto Nacional de Previsión, cuyo objetivo era promover un sistema de seguros voluntarios. Dos años más tarde, por medio de un Real Decreto se pretendió crear seguros populares, siguiendo el modelo alemán, pero nunca fue llevado a la práctica.

En 1917 tiene lugar una Conferencia de la O.I.T., fruto de la cual es la aparición del retiro obrero, por real Decreto-Ley de 1919, al que se incorpora en 1929 el seguro de maternidad. Durante el período republicano se crea el seguro de accidentes, y el 13 de julio de 1936 nace la Ley de Bases de Enfermedades Profesionales, que nunca llegó a entrar en vigor por el estallido de la Guerra Civil.

Acabada la contienda se implanta el sistema de seguros previsto por el Fuero del Trabajo de 1938, siendo de destacar la Ley de 14 de diciembre de 1942, que implanta el Seguro Obligatorio de Enfermedad para los trabajadores y sus familias. Aunque la asistencia sanitaria conocerá una ampliación notable en cuanto al número de personas atendidas mediante un sistema de financiación mixto, que permitió que un nuevo sector de la población comenzará a recibir asistencia sanitaria -ya no en calidad de pobres, como en el pasado-, la nueva regulación no permitió que se llegara a dispensar una amplia protección de la salud y cubrir a todos los sectores sociales hasta la promulgación de la Ley General de Sanidad de 1986, dentro del

(133) LAÍN ENTRALGO, P. Historia de la Medicina. Opus cit. Pág. 668 y ss.

nuevo marco político, democrático y social del país. La citada Ley propicia la reforma de la sanidad española, asentando la estructura del Sistema Nacional de Salud en los siguientes principios básicos:

-Generalización de la asistencia, cuya finalidad es garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud de todos los ciudadanos y extranjeros residentes en nuestro país. Esta generalización lleva a la cobertura universal, de tal forma que, en la actualidad, el 99% de la población está cubierta por la sanidad pública.

-Equidad, de tal forma que se superen los desequilibrios sociales y territoriales. En cualquier caso no se trata de que todos tengan los mismos recursos de partida, sino que el resultado final de calidad sea el mismo para todos.

-Integración de los recursos, con lo que se pretende la coordinación de los distintos servicios que se encontraban dispersos en la anterior situación.

-Descentralización, con lo que se pretende articular las competencias del Estado (bases y coordinación general de la sanidad) con las de las Comunidades Autónomas, y las de estas con los Ayuntamientos (todo lo cual favorecerá la mencionada integración de recursos). Esta articulación implica una doble actuación: De una parte la descripción pormenorizada de las competencias del Estado, y por otra la atribución de competencias a las Comunidades Autónomas en todas aquellas materias no reservadas al Estado.

-*Eficacia* en la producción de salud, debiendo existir una adecuada relación entre los objetivos de salud propuestos y los resultados alcanzados por los servicios

-*Celeridad, economía y flexibilidad* en la organización y funcionamiento de los servicios

-*Participación ciudadana*, que se articula a través de distintos órganos, en, al menos tres niveles: a nivel estatal (comité consultivo vinculado al Consejo Interterritorial); a nivel autonómico (Consejo de Salud); a nivel de área (órgano colegiado de participación y órgano de dirección, en el que existirán representantes de distintos sectores sociales). Dispone, igualmente, la Ley que las Comunidades Autónomas deben poner los medios para garantizar la participación en los niveles territoriales distintos de los anteriores que pudieran existir.

-*Gestión pública directa y gestión privada de los servicios sanitarios*. Con carácter general, los servicios sanitarios serán prestados y gestionados por centros sanitarios públicos, pero junto a esto prevé la Ley la posibilidad de que se utilicen fórmulas de gestión privada, de tal forma que centros de titularidad privada realicen actividades por cuenta del sistema sanitario público, convirtiéndose, de alguna forma, en proveedores de este.

-*Financiación pública*, mediante ingresos del Estado (básicamente impuestos y cotizaciones de Seguridad Social).

En lo que a este trabajo interesa, lo más destacado de todo el proceso de socialización de la Medicina es el establecimiento de un nuevo marco en las relaciones entre el profesional y su paciente, afectándose la tradicional relación de confianza médico-enfermo.

Este cambio en la relación viene, de alguna manera, condicionado también por la consagración de los derechos de los usuarios. Efectivamente, se produce, incluso, un cambio en la denominación del receptor de los servicios profesionales: ya no es un *paciente* -alguien que soporta-, sino un *usuario* -alguien que usa cierto servicio-. Junto a ello, la libertad de elegir al profesional queda sensiblemente recortada, lo que también abunda en distorsionar la originaria prestación.

Todos estos cambios llevarán necesariamente aparejados un aumento en la complejidad, y también de la conflictividad, de las relaciones entre el profesional y el receptor de sus servicios, dando lugar a un aumento de las demandas y querellas de los pacientes cuando no encuentran adecuada satisfacción a sus demandas de cuidados o curación.

En definitiva, al lado de formas tradicionales de atención -en el ámbito del *ejercicio libre* de la profesión- conviven las nuevas fórmulas de asistencia pública, que por su propia estructura organizativa, introducen nuevas claves en la relación entre el profesional y el receptor de sus servicios

Junto a ello, la *vulgarización* del conocimiento médico, junto con la alta difusión de los avances técnicos en materia biomédica y las expectativas con que son anunciados por los medios de comunicación, producen en el usuario de los servicios sanitarios un doble efecto: de una parte, la consolidación de la creencia de que hoy

en día la Medicina lo puede curar prácticamente todo, y, paralelamente, el desarrollo de un mayor nivel de exigencia al profesional⁽¹³⁴⁾.

En razón de todo ello, seguidamente se analizará la responsabilidad jurídica del médico en el marco de los ámbitos de ejercicio profesional más frecuentes, por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de las obligaciones profesionales que le incumben, las cuales también serán sometidas a estudio.

(134) Con frecuencia el paciente acude a la consulta del médico solicitando servicios concretos: analíticas para comprobar los niveles de colesterol, determinadas series radiográficas, etc.

PARTE II

RESPONSABILIDAD MÉDICA

9. LA RESPONSABILIDAD CIVIL. CONCEPTO Y TIPOS.

Antes de entrar en el análisis de la concreta responsabilidad en el ejercicio de la Medicina conviene establecer el marco en el que esta responsabilidad se desarrolla, con carácter general, dentro del Ordenamiento Jurídico, así como a la luz de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

9.1. CONCEPTOS DE RESPONSABILIDAD.

Dice LASARTE⁽¹⁾ que responder por algo o de algo significa que el sujeto responsable debe asumir las consecuencias, especialmente las adversas, que resulten de los sucesos cuya responsabilidad se le atribuye. De acuerdo a esto, la responsabilidad, en general, podría ser definida como la deuda u obligación que tiene un sujeto frente a otro u otros, por las consecuencias derivadas de sus acciones. En este sentido, el magistrado SANTOS BRIZ⁽²⁾ sostiene:

Ha de entenderse por acción todo obrar humano voluntario y, por ello, objetivamente imputable; es decir, concebido por la voluntad a la cual se imputa el hecho [...]. Sin embargo, el agente ha de responder jurídicamente de aquellas consecuencias de su actuación relacionadas con sus acciones que no ha previsto y aún las que no ha querido, pero con las cuales, según la previsión humana, debió contar y que por ello han de considerarse controlables por él

Es decir, la responsabilidad entraña un deber de reparar que se impone a un sujeto, como consecuencia del daño causado al interés de un tercero, siempre que haya existido voluntad de causar ese daño, o cuando menos, posibilidad de evitarlo. Esto

(1) LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de obligaciones. 1ª edic. Madrid. Edit. Trivium. 1993. Pág. 471.

(2) SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. 6ª edic. Madrid. Edit. Montecorvo. 1991. Pág. 27.

supone que la responsabilidad entronca directamente con la idea de libertad humana, y en esa medida se impone el deber de restaurar a aquel que ha causado el daño. Existen unos bienes, personales y patrimoniales, protegidos por el ordenamiento jurídico y en la medida en que estos sean vulnerados o lesionados por un acto humano sujeto a la voluntad del que lo causó, o al menos sujetable, existe responsabilidad.

Lo expuesto supone la incorporación de la idea de culpa al concepto de responsabilidad, y por tanto la configuración subjetiva de esta, con una íntima vinculación entre la conducta desplegada por el sujeto y el daño producido, estableciéndose así una relación de causalidad que habrá de estar presente en toda exigencia de responsabilidad.

Al hilo de lo expuesto, una cuestión que debe ser planteada es si cabe responsabilidad por omisión. En este sentido, **SANTOS BRIZ**⁽³⁾ afirma:

La omisión [...] puede equipararse a la acción, puede concurrir al nexo causal, pero no en el sentido de que el valor causal de la omisión radique en la existencia de una obligación de impedir el evento dañoso, sino en la posibilidad de imputarlo al sujeto.

Es decir, la omisión que concurre a la existencia de responsabilidad es aquella que entraña el no cumplimiento de la obligación que el sujeto venía obligado a prestar; supone, en definitiva, no desplegar ninguna acción que conlleve la satisfacción de lo debido.

(3) **SANTOS BRIZ, J.** La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. Opus cit. Pág. 12.

La relación de causalidad va a cumplir una doble función: de una parte, permite la individualización del sujeto responsable; y de otra, determina el contenido de la obligación de resarcimiento.

Este sistema de responsabilidad subjetiva ha sido consagrado por nuestro Ordenamiento Jurídico en el artículo 1101 del Código Civil, el cual establece:

Quedan sujetos a indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquellas.

Y el artículo 1902:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado

Se puede apreciar que en ambos preceptos, fundamentales en la construcción de la responsabilidad, existe una directa remisión al sujeto que con su conducta activa u omisiva es causante del daño producido. También ponen de manifiesto estos preceptos la existencia de distintos tipos de responsabilidad en el ámbito civil a las que seguidamente se hará referencia.

9.2. LOS DIFERENTES TIPOS DE RESPONSABILIDAD.

Los artículos 1101 y 1902 antes reseñados ponen de manifiesto la existencia de dos tipos de responsabilidad, una derivada del incumplimiento de un contrato

(responsabilidad contractual), y otra, que nace al margen de la existencia de una precedente relación contractual (responsabilidad extracontractual). En todo caso, respecto de esta última, y de ahí que pueda surgir, lo que existe es un previo deber de no causar daño, un deber colectivo que impone al conjunto social la obligación de no lesionar a otros con las conductas desplegadas.

Sin embargo, ambos tipos de responsabilidad comparten un mismo objetivo, como señala **SANTOS BRIZ**⁽⁴⁾, siguiendo la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1952 (Arz.2673):

Los artículos 1101 y 1902 del Código Civil responden a un principio común de Derecho y a la misma finalidad reparadora [...]. Y esa responsabilidad ya contractual, ya extracontractual, guarda analogía, como también reconoce el Tribunal Supremo (Sentencia de 12 de febrero de 1932) con la responsabilidad penal, por ser ambas expresiones del mismo principio de culpa.

Esta afirmación es hasta tal punto cierta, que ambos tipos de responsabilidad, civil -en sus dos modalidades- y penal comparten una serie de elementos comunes, fundamentales para declarar su existencia, y que según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia⁽⁵⁾, son los siguientes:

1. La acción u omisión infractora del contrato o productora del acto ilícito (civil o penal).

(4) **SANTOS BRIZ, J.** La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. Opus cit. Pág. 25.

(5) Veáanse, por ejemplo las Sentencias de 10 y 25 de octubre de 1968 (Arz. 4271 y 4796).

2. La antijuridicidad de la misma.
3. La culpa del agente.
4. La producción del daño.
5. La relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño producido.

Señalados los elementos comunes, procede ahora identificar aquellos otros que diferencian ambos tipos de responsabilidad.

9.2.1. Responsabilidad contractual.

La responsabilidad contractual, en términos generales, es aquella que nace del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, es decir, habrá responsabilidad tanto en el caso de que el deudor no lleve a cabo la obligación convenida, como en el supuesto que ésta no se adecue a lo pactado y ello con base en lo establecido en el artículo 1091 del Código Civil:

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Es precisamente esta fuerza de ley que tienen los contratos lo que permitirá al legislador establecer en el artículo 1101 del mismo cuerpo legal la obligación de indemnizar en caso de incumplimiento por parte del deudor.

La responsabilidad contractual nace en presencia de una obligación no cumplida o prestada de manera defectuosa que genera un daño para el acreedor directamente

relacionado con esa prestación inadecuada o incumplida. En este sentido, siguiendo la Sentencia de 9 de marzo de 1983 (Arz. 1463), no es bastante que haya un contrato o una preexistente relación de otra naturaleza entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia de contrato, desplegará aquella sus efectos propios.

En idéntico sentido se pronuncian, entre otras las Sentencias de 26 de octubre de 1981 (Arz. 3956); 5 de junio de 1985 (Arz. 3094) y 29 de noviembre de 1985 (Arz. 5916).

Las fuentes del incumplimiento del contrato pueden ser diversas. Concretamente, el mencionado artículo 1101 establece cuatro causas:

1. Dolo
2. Negligencia
3. Morosidad
4. Cualquier otro modo de contravención.

Con esta última afirmación, que puede ser considerada como un gran cajón de sastre al que irían a parar todas aquellas formas de incumplimiento no encuadrables en los tres apartados anteriores, el legislador pretendió dejar clara la obligación de responder que incumbe al deudor de una obligación generada por un contrato en caso de incumplimiento. En consonancia con ello, el artículo 1105 establece que:

Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que, previstos, fueran inevitables

En definitiva, la obligación de indemnizar aparecerá siempre que el incumplimiento esté vinculado a la voluntad del deudor. A sensu contrario, dicha obligación no existirá cuando el incumplimiento se deba a un caso fortuito o a fuerza mayor; a un suceso imprevisible o insuperable, o, en palabras de LASARTE⁽⁶⁾, a aquellos hechos o circunstancias que, siendo ajenos a la voluntad deudor, hacen que éste, aunque no pueda llevar a cabo el cumplimiento de la obligación, quede liberado de la obligación de reparar por el incumplimiento. Se constituye así, claramente un sistema de responsabilidad subjetiva, estableciéndose legalmente los posibles modos de incumplimiento que ya antes señalamos y que pueden clasificarse, siguiendo al mismo autor en dos grandes grupos:

- a) Incurrir en dolo, negligencia o morosidad o
- b) Contravenir de cualquier modo el tenor de la obligación.

No se trata en realidad de dos grupos de fuentes o de modos de incumplimiento de la obligación. No existen otros modos o causas de contravención de la obligación, entendidas éstas como razones generadoras, más que el dolo (no querer cumplir) la culpa o negligencia (omisión de la debida diligencia), o la mora (retrasarse en el

(6) LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de obligaciones. Opus cit. Pág. 178.

cumplimiento). La conclusión de esta afirmación la expresa acertadamente LASARTE⁽⁷⁾:

La referencia legal contenida en la expresión “de cualquier modo de incumplimiento hay que entenderla referida a los supuestos que hemos caracterizado como incumplimiento impropio, defectuoso o inexacto; y no a las causas (culpa, dolo o mora) que los hayan originado.

9.2.1.1. La culpa.

El Código Civil, en su artículo 1104, define la culpa o negligencia como *la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*. Se trata pues de un sistema de culpa en concreto, o de *culpa ad hoc*; es la culpa que corresponde a las concretas obligaciones en un contexto geográfico, temporal y subjetivo determinado. Solo se rompe este sistema de culpa en concreto cuando, según establece el párrafo segundo del mencionado artículo, *la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento*, en cuyo caso se exigirá la que corresponde a un buen padre de familia.

Este último sistema de culpa en abstracto, que debe entenderse opera supletoriamente del sistema de *culpa ad hoc*, tendrá difícil aplicación. Si la diligencia concreta deriva de cada obligación específica, lo propio será que de cada una de ellas

(7) LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de obligaciones. Opus cit. Pág 181.

pueda deducirse la diligencia con la que deba actuarse. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril de 1980 (Arz.1417) establece el propósito del artículo 1104:

Definir la culpa del deudor en atención a la naturaleza de la obligación y a su entorno circunstancial respecto de las personas, del tiempo y del lugar, supuestos de hecho que corresponde al juzgador apreciar y matizar, entendiéndose que sólo cuando esos datos no consten o no puedan ser definidos, entrará en juego el párrafo segundo como norma supletoria, al aludir a la responsabilidad genérica exigible al padre de familia, como estándar o regla de conducta que una sociedad normal debe esperar de un hombre razonable.

Junto a la evidencia de este sistema de culpa en concreto interesa poner de manifiesto que, además, el concepto de culpa que contiene el Código Civil es sumamente amplio; basta que el deudor no cumpla o cumpla defectuosamente - siempre por causas vinculadas a su voluntad, directa o indirectamente-, para que se aprecie la existencia de esta. Indica LASARTE⁽⁸⁾:

El Código presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento de la obligación, pues si la ejecución de la prestación, con carácter general, es un deber de conducta o de comportamiento, es necesario concluir que, en caso de no llevarse a cabo, la infracción de dicho deber es imputable al obligado, salvo que acredite la existencia de causas exoneradoras de su responsabilidad. En tal sentido, dispone el artículo 1183 que “siempre que la cosa se hubiese perdido en poder del deudor se presumirá que la pérdida ocurrió por su culpa [...]”.

(8) LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho Civil. Tomo II: Derecho de obligaciones. Opus cit. Pág. 184.

Ahora bien, esto no quiere decir que la carga de la prueba recaiga en todos los casos en el deudor, ya que el artículo 1214 establece que *incumbe la carga de la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone*; es decir, inicialmente, corresponderá al acreedor probar la existencia de responsabilidad por incumplimiento de una obligación preestablecida, y al deudor la no existencia de la misma, bien por haber cumplido la obligación inicial, bien porque el incumplimiento no sea a él imputable. La jurisprudencia⁽⁹⁾ ha establecido reiteradamente el alcance de este artículo: al actor corresponde probar los hechos normalmente constitutivos de su derecho y al demandado corresponde la prueba de los extintivos.

9.2.1.2. El dolo.

Al contrario de lo que ocurre con la culpa o negligencia, no define el Código Civil qué es el dolo en el cumplimiento de la obligación contractual. No obstante, a la luz del análisis de algunos preceptos, es posible colegir su significado. Así, el artículo 1107 establece:

Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de cumplirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.

En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación.

(9) Entre otras, Sentencias de 26 de junio de 1974 (Arz.), 24 de julio de 1989 (Arz.), 29 de septiembre de 1989 (Arz. 6392), 19 de diciembre de 1989 (Arz. 8845).

Se contrapone así la buena fe al dolo, lo que permite afirmar que el dolo civil es configurado como mala fe contractual. Es decir, el deudor, a sabiendas, infringe el deber de cumplimiento. Además, la actuación dolosa del deudor es considerada de mayor gravedad que la culposa. Así se desprende de lo establecido en el artículo 1102:

La responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula.

Y el 1103:

La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

Si contempla el Código una definición de dolo al referirse a los requisitos para la validez de los contratos, al señalar en el artículo 1269:

Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho.

Parece existir una diferencia entre el dolo empleado para forzar el nacimiento de una obligación y el requerido en el incumplimiento de una ya nacida. En el primer caso debe existir una clara intención de perjudicar y su alcance es mayor. Así lo declara la Sentencia de 26 de octubre de 1981 (Arz. 3956), en la que se declara que el dolo abarca no solo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte aprovechándose de ello. En cambio, en el

segundo supuesto, no parece ser necesario que el deudor doloso tenga intención de dañar o causar mayores perjuicios al acreedor *-animus necandi-*, sino que es suficiente con que se produzca el incumplimiento a sabiendas. Así lo declara, entre otras, la Sentencia de 23 de mayo de 1983 (Arz.2875).

La razón de esta diferenciación estaría, según **FERNÁNDEZ HIERRO**⁽¹⁰⁾, en que un dolo constituido como una acción del agente dirigida de manera voluntaria y deliberada a dañar es constitutiva, normalmente, de un delito penal. Entiendo que esta afirmación es posible en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, pero resulta mucho más matizable en el contexto de la responsabilidad contractual.

Evidentemente, el que infringe a sabiendas la obligación puede no querer producir un daño al acreedor, pero es indudable que conoce que dicho daño se producirá, aunque lo desprecie⁽¹¹⁾. Se podría establecer que en el ámbito de la responsabilidad contractual, normalmente el dolo (entendido como mala fe) será eventual o indirecto, nunca directo, ya que en otro caso estaríamos en presencia de un ilícito penal.

(10) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. Sistema de responsabilidad médica. 1ª edic. Granada. Edit. Comares, , 1997, pág. 79.

(11) Un ejemplo sencillo puede ser el de un contrato de compraventa de un electrodoméstico. El sujeto desea dicho bien, pero es consciente de que no tiene medios económicos para adquirirlo, a pesar de lo cual decide celebrar dicho contrato y hacer llegar a su esfera de posesión el objeto, sabiendo que no va a abonar el precio pactado. En su ánimo no está el causar daño al acreedor, pero indudablemente es consciente de que puede producirlo y efectivamente lo produce.

9.2.1.3. La mora.

La mora del deudor supone el retraso en el cumplimiento de la obligación contractual por parte de este y es configurada por el Código Civil como uno de los supuestos generadores de responsabilidad, pero para ello es preciso que este retraso temporal en el cumplimiento tenga su causa en una actuación negligente o dolosa del deudor. A sensu contrario, la mora debida a caso fortuito o fuerza mayor no generaría dicha responsabilidad. En este sentido se pronuncian, por ejemplo, las Sentencias de 19 de mayo de 1960 (Arz. 1741) y 21 de abril de 1987 (Arz. 2719).

Otra cuestión a tener en cuenta es que solo se puede hablar de mora en sentido propio cuando el retraso no supone el incumplimiento total. Existen obligaciones que deben llevarse a cabo en un término prefijado y su no realización en éste supone una imposibilidad total de cumplir, equivale a incumplimiento total de la obligación. No se podría hablar en este caso de mora. Existirá mora cuando el cumplimiento, aunque tardío, resulte satisfactorio para el acreedor, y en consecuencia solo respecto de aquellas obligaciones de hacer o entregar algo, nunca en las obligaciones de no hacer. El artículo 1100 establece los requisitos de la mora:

Incurren en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación.

No será, sin embargo, necesaria la intimación del acreedor para que la mora exista:

1º Cuando la obligación o la ley así lo declaren expresamente.

2º Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación.

En las obligaciones recíprocas ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe. Desde que uno de los obligados cumple su obligación, empieza la mora para el otro.

Establece este precepto legal la necesidad de interpelación del acreedor para declarar la mora; esta será la norma general y como excepciones a ella se plantea lo establecido en los apartados 1º y 2º, donde la declaración de mora se produce de manera automática. Esto mismo sucede respecto a lo establecido en el último párrafo del citado artículo, referido a las obligaciones sinalagmáticas: desde que una de las partes cumple la obligación pactada, el otro incurre en mora.

Esta tesis fue discutida por algún autor, como **ALBADALEJO⁽¹²⁾**, el cual insistía en la incorrección de este planteamiento alegando que no resultaba lógico que el puro cumplimiento de una de las partes sitúe a la otra en mora, entendiéndose que también en este caso sería necesaria la interpelación. Dicha tesis, aunque razonable, no ha tenido eco en la doctrina ni en la jurisprudencia, afirmándose la constitución automática de la mora en las obligaciones recíprocas.

9.2.2. Responsabilidad extracontractual.

La responsabilidad extracontractual es aquella que nace de la conducta culposa o negligente del agente, sin mediar contrato alguno, y viene regulada en los artículos

(12) ALBADALEJO, Manuel. "La mora en las obligaciones recíprocas". Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 1968. Pág. 10.

1902 a 1910 del Código Civil, pudiéndose distinguir en esta regulación dos grandes categorías: la responsabilidad por hechos propios y la responsabilidad por hecho ajeno

9.2.2.1. La responsabilidad extracontractual por hechos propios.

El artículo 1902 condena a aquel que provoca un daño a otro mediando culpa o negligencia:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

La primera cuestión que diferencia este tipo de responsabilidad de la anterior es la no existencia previa de un contrato. La obligación nace precisamente a partir de la conducta culposa o negligente del agente. No obstante, la inexistencia del contrato no puede llevar a afirmar que no exista ninguna obligación previa; al contrario, es preciso declarar la existencia de una obligación genérica de no dañar, como antes se indicó, sin la existencia del cual difícilmente nacería la obligación de reparar.

El segundo de los elementos diferenciadores se refieren a las causas generadoras de la obligación de reparar. En la responsabilidad contractual el dolo, la culpa y la mora; en la responsabilidad extracontractual, solo las acciones culposas o negligentes hacen aparecer esta obligación reparadora⁽¹³⁾.

(13) No obstante, en materia de responsabilidad extracontractual médica, la omisión de diligencia puede consistir en un retraso en prestar asistencia, aunque éste no pueda configurarse como mora en sentido estricto.

Una de las cuestiones que ha sido discutida por la doctrina es si bajo el concepto de culpa reseñado en el artículo 1902, se encuentra también el dolo. En sentido afirmativo se pronuncia **SANTOS BRIZ**⁽¹⁴⁾:

Como causa de incumplimiento de obligaciones se incluye [el dolo] no solo en el citado precepto del artículo 1101, sino también en el 1902, aquí como causa de incumplimiento de la obligación general del alterum non laedere encubierto bajo la expresión “interviniendo culpa o negligencia”[...]

[...] Podría decirse que una cosa es la conducta culposa con dolo y otra la conducta culposa por negligencia. Ambas graduaciones extremas caben, creemos, dentro de la amplitud de la responsabilidad aquiliana.

Sin embargo, otros autores, como **FERNÁNDEZ HIERRO**⁽¹⁵⁾, sostienen la tesis contraria:

[...] el legislador sólo ha contemplado la conducta culposa por entender que la dolosa tenía propia sanción y tratamiento, que era la del ámbito penal estimando que dentro del Código Civil sólo debía ocuparse -los cuasi delitos tradicionales- de la conducta culposa o negligente; y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de marzo de 1991 que hay que descartar por principio en todo acto médico, salvo prueba en contrario evidente, la actuación dolosa del facultativo.

La cuestión no resulta fácil de resolver, especialmente cuando el resultado dañoso afecta a la salud, a la integridad corporal o a la vida del perjudicado. En estos

(14) **SANTOS BRIZ, J.** La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. Opus cit. Pág. 39.

(15) **FERNÁNDEZ HIERRO, J. M.** Sistema de responsabilidad médica. Opus cit. Pág. 80.

supuestos, si el dolo es entendido como un querer producir el resultado, evidentemente entraríamos en el ámbito de las conductas delictivas. Ahora bien, si el dolo se entiende como en la tesis de **FERNÁNDEZ HIERRO** -que se apoya en la Sentencia de 31 de enero de 1968 (Arz. 470)-, como mala fe que no precisa intención de dañar, sino que basta para que exista que se infrinja de modo voluntario el deber jurídico que pesa sobre el deudor (en este caso deudor de la obligación genérica *alterum non laedere*), podría admitirse desde el punto de vista teórico. Sin embargo, desde el punto de vista de la práctica judicial, tal cuestión adquiere una importancia relativa, especialmente por la dificultad que supondría probar la existencia de un obrar doloso por parte del sujeto.

Por otra parte, la actual regulación de los delitos profesionales sanitarios que realiza el Código Penal viene a zanjar esta cuestión en gran medida. Los delitos que se contemplan son delitos culposos, no dolosos, y quizá la explicación más razonable para ello es que no cabe en la mente del legislador que puedan ser calificados de delitos profesionales las conductas dolosas desplegadas por los profesionales sanitarios, sino que en estos supuestos deben recibir el tratamiento genérico que se aplica a todos los delitos dolosos, siendo de aplicación, en estos casos, el art. 1092 del Código Civil que establece:

Las obligaciones civiles que nazcan de los delitos o faltas se regirán por las disposiciones del Código Penal.

Así pues, bástenos ahora afirmar la distinción entre responsabilidad civil contractual y extracontractual en la existencia o no de una obligación previa, y admitáse como única causa generadora de responsabilidad extracontractual la culpa o negligencia.

9.2.2.2. La responsabilidad extracontractual por hecho ajeno.

Establece el art 1903 en su párrafo primero:

La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Se configura, de esta manera, la llamada responsabilidad por hecho ajeno, regulando los supuestos que entrarían dentro de esta categoría, el propio artículo 1903, de acuerdo al cual, incurrir en responsabilidad civil:

- a) Los padres, respecto de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda.
- b) Los tutores, por los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad.
- c) Los dueños o directores de un establecimiento o empresa por los daños causados por sus *dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones.*
- d) Los titulares de centros de enseñanza no superior, por los daños causados por sus alumnos menores de edad, en los periodos en que se hallen bajo su custodia y/o cuidado.

Aunque la doctrina ha considerado de forma casi unánime que el listado de supuestos que encierra el artículo 1903 es exhaustivo, otros, como LASARTE⁽¹⁶⁾, no comparten esta opinión. Apunta el citado autor que nada impide la interpretación analógica del artículo en cuestión, por cuanto que no se trata de una norma penal, ni de carácter excepcional, ni de ámbito temporal. En idéntico sentido se pronuncia SANTOS BRIZ⁽¹⁷⁾, al afirmar que dicho listado es meramente enunciativo.

La doctrina del Tribunal Supremo, emanada, entre otras de la Sentencia de 30 de abril de 1969 (Arz. 2309), tradicionalmente venía apoyando la interpretación restrictiva del artículo 1903, pero progresivamente este criterio ha ido modificándose. Sirvan ahora de ejemplo las Sentencias de 23 de febrero de 1976 (Arz. 880) y la de 23 de septiembre de 1988 (Arz. 6854). La primera de ellas establece literalmente:

Que conjugadas sistemáticamente las normas contenidas en los artículos 1902, 1903 y 1908, párrafo primero, e interpretadas en consideración al presente momento y atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas [...] y haciendo uso de la analogía [...], se pueden entender incluidos en el artículo 1903 otros supuestos en los que exista o se genere alguna relación distinta de las que el precepto contempla ad exemplum [...].

Atendiendo al tenor literal del artículo, en principio, no parece existir nada que se oponga a esta interpretación amplia de alguno de los supuestos que contempla,

(16) LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. Opus cit. Pág. 354.

(17) Cfr. SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. Opus cit. Pág. 455 y ss.



como ocurre con la responsabilidad que incumbe al empresario por los actos de sus empleados. En este supuesto, se desvela una obligación, que puede ser calificada de genérica, por parte de aquellos que mantienen una relación jurídica que, por sus características, les vincula a los resultados de la actividad desplegada por otros. Es decir, en este caso de responsabilidad por hecho ajeno, los sujetos responsables tienen una obligación previa de “vigilar” o de “elegir” a las personas a ellos vinculadas, naciendo, en consecuencia, una responsabilidad directa *in vigilando* o *in eligendo*, en el caso de que se produzca un perjuicio causado por el obrar antijurídico por estas.

Como ha dicho el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 de diciembre de 1981 (Arz. 5357) y 28 de enero de 1983 (Arz. 393), entre otras, la responsabilidad impuesta al empresario lo es en razón de los deberes propios de las relaciones de convivencia social que implican la obligación de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otros, y de emplear la debida cautela en la elección de servidores y en la vigilancia de sus actos, pero la interpretación analógica puede llegar más allá y alcanzar la relación de comodato, donde incumbe al comodante la obligación de elegir adecuadamente al comodatario, ya que en caso de que la conducta de este sea causante de daños a terceros, puede incurrir el primero en responsabilidad por hecho ajeno; esto es lo que establece la Sentencia de 23 de febrero de 1976 (Arz. 880), que establece la responsabilidad del propietario de un vehículo por el grave accidente causado por el conductor del mismo, al que le fue prestado por el primero:

Las afirmaciones fácticas admitidas por los juzgadores de instancia reflejan una conducta ciertamente negligente en [el comodante], que no cuidó de elegir una persona que tuviera la necesaria prudencia para conducir un vehículo sin originar daños.

La responsabilidad que configura el artículo 1903 es una responsabilidad directa, y así lo afirma, entre otras, la Sentencia de 26 de junio de 1984 (Arz. 3265) que declara que la responsabilidad del empresario es de naturaleza autónoma, distinta e independiente de la que el artículo 1902 atribuye al autor material del daño. Ahora bien, la cuestión que se plantea es si en todo caso se requiere, para que entre en juego esta responsabilidad directa, la culpa *in operando* del dependiente o empleado. Esta es la tesis sostenida por la Sentencia de 9 de julio de 1984 (Arz. 3801)

Si es cierto, [...], que la responsabilidad fundamentada en el artículo 1903 del Código Civil es directa, en cuanto puede exigirse de la empresa sin demandar al dependiente, por ser una derivación de la culpa “in eligendo” o “in vigilando”, no es menos cierto que tal responsabilidad directa exige como presupuesto la culpa “in operando” del dependiente o empleado, pues como afirma la Sentencia recurrida, si falta ésta ningún reproche puede hacerse al empresario por defecto en la elección o vigilancia [...].

Ahora bien, esta exigencia de culpa *in operando*, según tesis sostenida por el Tribunal Supremo, no requiere, en todo caso, la completa identificación del sujeto causante del daño. En este sentido se pronuncia la Sentencia 26 de junio de 1988 (Arz. 5124), de la que fue ponente **BARCALA TRILLO-FIGUEROA**, en la cual se afirma:

No existe ninguna incompatibilidad entre la inexistencia de la identificación personal del autor del hecho y la imputación de responsabilidad al INSALUD, ya que quedó acreditado el doble presupuesto de que la inyección fue puesta por una enfermera del establecimiento y que actuó negligentemente [...]

En la misma línea, la Sentencia de 24 de febrero de 1992 (Arz. 1427) cuando admite lo establecido por la Sala *a quo*, que acusa a la entidad demandada de un defectuoso funcionamiento de sus servicios, sin poder precisar el elemento personal causante del mismo.

Más allá parece llegar RUBIO GARCÍA-MINA⁽¹⁸⁾ al afirmar que, en el caso de la actividad de la empresa, no juega ningún papel el carácter, culposo o no, de la actividad del empleado causante del daño, siendo suficiente con que dicho evento dañoso se produzca en el ámbito de funcionamiento de la empresa. Sin embargo, DE ÁNGEL YAGÜEZ⁽¹⁹⁾, con base en la citada Sentencia de 9 de julio de 1984, afirma la necesidad de una mínima culpa del empleado:

Ahora bien, no responde el empresario, desde luego, cuando no hay ni el más pequeño atisbo de culpa en sus empleados

La razón de ello está en el fundamento de la responsabilidad que declara el artículo 1903: se trata de una responsabilidad directa del empresario por culpa *in eligendo* o *in vigilando*, lo que presupone la necesaria actuación culposa del agente directo del daño, sin la cual no habría lugar para declarar la obligación del empresario de reparar por la vía del mencionado precepto. Además, aún cuando se ha afirmado por algunos autores el carácter objetivo de este tipo de responsabilidad, como el

(18) RUBIO GARCÍA-MINA. La responsabilidad civil del empresario. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971. Citado por: DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. La responsabilidad civil. 1ªedic. Bilbao. Edit. Universidad de Deusto. 1988. Pág. 134.

(19) DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. La responsabilidad civil. Opus cit. Pág. 134.

mencionado RUBIO GARCÍA-MINA⁽²⁰⁾, no es menos cierto que el párrafo final del artículo 1903 lo que hace es establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, que puede ser desvirtuada con las pruebas adecuadas, en cuyo caso, si se demuestra el obrar diligente del empresario en la elección y vigilancia de sus empleados, desaparece, en consecuencia, la presunción de culpabilidad, no generándose ninguna obligación reparatoria.

Ahora bien, en otras circunstancias, la ausencia de determinación del elemento personal causante del daño, ha llevado al Tribunal Supremo a considerar el tratamiento de la responsabilidad extracontractual que incumbe al empresario como una responsabilidad propia del artículo 1902. Esto es lo acontecido respecto a un centro sanitario por el conjunto de deficiencias asistenciales productoras del daño, supuesto recogido en la Sentencia de 16 de diciembre de 1987 (Arz. 9511), en la que se plantea la inexistencia de responsabilidad para el farmacéutico que presta sus servicios en un centro dependiente del INSALUD, por la preparación de un suero que causa una ceguera irreversible en un paciente, a pesar de lo cual se declara la responsabilidad de esta entidad:

Es evidente, por tanto, que habiendo salido el suero al parecer en buenas condiciones de la esfera profesional del farmacéutico para entrar en la de quienes habían de aplicarlo, sería en ese marco en el que el enturbiamiento o la precipitación debiera observarse. Todo ese conjunto de posibles deficiencias asistenciales, no descartables, en esos complejos centros sanitarios en los que la

(20) RUBIO GARCÍA-MINA. La responsabilidad civil del empresario. Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1971. Citado por: DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. La responsabilidad civil. Opus cit. Pág. 134.

prestación de las atenciones de ese tipo se opera por diversos profesionales, no sólo de la medicina [...], sino incluso de distintas categorías sanitarias (doctores, médicos, ATS, enfermeros, fisioterapeutas [...], etc.).

En definitiva, se trata por parte de nuestro Tribunal Supremo, de procurar, por las vías legales posibles, la reparación del daño causado a la víctima, sin que llegue a atreverse a afirmar con plenitud la objetividad de la responsabilidad que incumbe al empresario por los actos de sus empleados.

10. CARACTERES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL.

Sin perjuicio de analizar posteriormente las diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, conviene, en primer lugar, poner de manifiesto los requisitos que deben cubrirse para la exigencia de responsabilidad civil. En este sentido, como ya se ha mencionado, los elementos comunes a ambos tipos de responsabilidad son la acción u omisión dañosa, la antijuridicidad, el daño, la culpa y la relación causal, los cuales se configuran como necesarios para poder declarar la existencia de responsabilidad, según ha sido comúnmente aceptado por la doctrina y la jurisprudencia⁽²¹⁾.

(21) Entre otras, las sentencias de 10 de octubre de 1968 (Arz. 4271), 28 de marzo de 1985 (Arz. 1252), 27 de octubre de 1990 (Arz. 1781)

10.1. La acción u omisión dañosa.

Salvo en los supuestos de responsabilidad objetiva, que se encuentran limitados en nuestro ordenamiento jurídico positivo, para que exista un daño susceptible de ser reparado se necesita, en primer lugar, una acción humana que sea causa directa del daño producido, sin perjuicio de valoración que posteriormente se pueda hacer de esa conducta, afirmando o no su culpabilidad, o de la aparición de causas que exoneren de responsabilidad.

Esta ha sido la tesis sostenida por el Tribunal Supremo de manera reiterada, y cabe citar, en este sentido, la Sentencia de 23 de septiembre de 1988 (Arz. 5864):

Constituye un principio general en esta materia de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual, la necesidad de que en su estructura concurren los siguientes elementos: el personal; una actividad positiva u omisiva; la producción de un resultado perjudicial para alguien; una relación de causalidad entre la acción desarrollada y la consecuencia producida.

Igualmente, pueden ser destacadas las sentencias de 24 de noviembre de 1986 (Arz. 6578), 6 de marzo de 1989 (Arz. 1996) y 27 de octubre de 1990 (Arz. 8053). Esta última, en un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, declara:

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de responsabilidad extracontractual contemplado en el artículo 1902 del Código Civil, y para cuya existencia la jurisprudencia de esta Sala ha exigido unos elementos puramente fácticos -acción u omisión causante, y resultado dañoso- y otros factores jurídicos -valoración de la conducta y relación de causalidad entre la acción humana y el resultado producido-.

De esta forma, la acción, como también la omisión, se convierte en el primero de los requisitos para declarar la obligación de reparar, como elemento ciertamente necesario para la producción del daño que debe ser resarcido si del análisis de la conducta resulta la culpabilidad del sujeto y la suficiencia del elemento causal para producir el evento dañoso, en cuyo caso procede determinar la existencia de responsabilidad.

La acción generadora de daño es definida por **SANTOS BRIZ**⁽²²⁾ en los siguientes términos::

Ha de entenderse por acción todo obrar humano voluntario y por ello objetivamente imputable; es decir, concebido como controlable por la voluntad a la cual se imputa el hecho.

Pero más allá, también entra en el concepto jurídico de acción, la omisión, en la medida en que esta produzca unos resultados imputables al sujeto que estaba obligado a intervenir. También puede ser considerada una omisión imputable al sujeto la acción que debió omitir, es decir, aquello que el sujeto hizo, cuando estaba obligado a no hacer; se podría hablar en este caso de una omisión activa.

Quedarían, por tanto fuera del concepto de acción todos aquellos sucesos que no puedan ser atribuidos a la voluntad humana que los controla o que está en condiciones de controlarlos o preverlos.

(22) SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Opus cit. Pág. 27.

10.2. La antijuridicidad.

La determinación de lo que sea una conducta antijurídica no es tarea fácil. La construcción de la misma oscila entre un concepto amplio que la identifica con lo ilícito y uno estricto que la refiere solamente a los actos contrarios a la ley. Parece razonable optar por el concepto extenso de ley a la vista de lo establecido en el artículo:

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse al tenor de los mismos.

GSHNITZER⁽²³⁾ define la antijuridicidad en los siguientes términos:

La infracción de una norma, ya de ley, ya del contrato, ya infrinja la norma expresa, ya atente a la finalidad que la misma persigue, o ya lesione principios jurídicos superiores.

Esta interpretación amplia del concepto puede apoyarse en el propio artículo 1902, que no establece otro requisito que no sea culpa o negligencia, de tal forma que todo acto u omisión que cause daño a otro, mediando culpa o negligencia se presume antijurídico salvo que concurren causas que exoneren de responsabilidad⁽²⁴⁾. En este

(23) GSHNITZER, F. Schuldrecht. Besonderer teil und schadenersatz. Viena. 1963. Págs. 153 y ss. Citado por: SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Opus cit. Pág 28.

(24) La conducta en si misma considerada puede no ser antijurídica, sino el modo en que esta se despliega y el resultado dañoso que produce conectado a la acción culposa. El ejemplo es claro: un profesional puede actuar en su ámbito profesional desplegando conductas para las que esta legalmente capacitado. La responsabilidad aparecerá cuando realizando esas

sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1981 (Arz. 1009) declara que la antijuridicidad no se elimina al presuponer un acto conforme a las normas, sino que se integra por faltar al mandato general de diligencia al actuar frente a bienes jurídicamente protegidos.

10.3. El daño.

No es suficiente para que nazca la responsabilidad con que se haya desplegado una actuación dolosa, culposa o negligente, sino que es preciso la producción de un daño, y así lo establecen los artículos 1101 y 1902, amen de haber sido reiterado por la jurisprudencia la necesidad de la existencia y prueba del daño⁽²⁵⁾. Se ha de tratar, pues, de un daño real, cierto, aunque ello no es óbice para que un daño futuro que pueda cuantificarse y sea consecuencia directa del actual, pueda estar sujeto a reparación⁽²⁶⁾. Cuando de daños materiales se trata, la afirmación anterior no plantea

acciones que, en principio son lícitas, omite la debida diligencia y como consecuencia produce un daño.

- (25) En los supuestos de responsabilidad contractual, la obligación de reparar alcanza no solo a los daños derivados del incumplimiento, sino también a los perjuicios, según establece el propio artículo 1101 en concordancia con el 1106 y ss. Tal cuestión no parece afectar a la responsabilidad extracontractual, donde la norma solo establece la obligación de reparar el daño. Sin embargo, en la práctica judicial, la cuantificación económica del daño, suele tratar de cubrir también los perjuicios sufridos, como ocurre en la valoración de los daños corporales, pues en otro caso no se explicaría la diferente indemnización que corresponde a un miembro, órgano o sistema, frente a otros, dado que, a fin de cuentas, en todos los casos no son más que un conjunto de tejidos dispuestos de una determinada manera. Lo que importa es la funcionalidad del órgano, miembro o sistema, y el “perjuicio”, que el “daño” producido en cualquiera de ellos ocasiona al sujeto.
- (26) Por ejemplo, una accidente automovilístico que produzca determinadas lesiones en la cadera, pueden acarrear, dependiendo de la zona anatómica donde se produzca la lesión, la aparición

grandes problemas, ya que la mera observación directa puede permitir, en muchos casos, determinar la existencia de los mismos.

Cuestión distinta es la de los daños morales. LASARTE⁽²⁷⁾ los define así:

Aquellos que afectan a los bienes o derechos inmateriales de las personas -como la libertad, la salud, el honor, etc-, extraños a la noción de patrimonio y que no repercuten, cuando menos de modo inmediato, sobre éste.

La primera Sentencia que declaro la susceptibilidad de reparación de un daño moral es de 6 de diciembre de 1912: un periódico publicó la falsa noticia de que una joven había huido con un sacerdote, de quien había tenido descendencia. El padre demandó a la publicación, obteniendo una indemnización de 159.000 pesetas.

Hoy no se discute la obligación de reparar el daño moral. En este sentido se pronuncia el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen:

La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida.

de una artrosis articular que requiera la implantación de una prótesis en un plazo no superior a diez años. Evidentemente, la cuestión puede ser discutida, pero también es cierto que no es posible probar, salvo que existan unas condiciones patológicas de partida, que esas secuelas habrían aparecido de no producirse la lesión inicial.

(27) LASARTE ÁLVAREZ, C. Principios de Derecho civil. Opus cit. Pág. 340.

Y en el mismo sentido, el párrafo segundo del artículo 125 de la Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual:

En caso de daño moral procederá su indemnización, aún no probada la existencia de perjuicio económico.

En cualquier caso, la discusión se centra, no ya en la procedencia de la indemnización, sino en la consideración de ésta; si daño material y daño moral deben quedar englobados bajo el único concepto de daño, o, por el contrario, si se trata de dos cuestiones diferentes. La mayor parte de los autores optan por una diferente consideración de estos daños, entendiendo que solo el daño patrimonial puede ser resarcido en sentido propio, mientras que la indemnización de los daños morales tienen una función compensadora del sufrimiento del perjudicado.

10.4. La culpa del agente.

Ya se hizo referencia a ella al hablar de las causas generadoras de responsabilidad contractual. No obstante, interesa ahora retomar la cuestión con el objetivo de terminar de acercarnos al concepto.

La idea central del concepto de culpa es la previsibilidad, y así ha sido declarado en reiteradas ocasiones por nuestro Tribunal Supremo; sirva, en este sentido, como ejemplo la Sentencia de 9 de abril de 1963 (Arz. 1964), en la que literalmente se sostiene:

Tanto si la culpa o negligencia es consciente, como si es inconsciente, el resultado ha tenido que ser previsto; esta previsibilidad del resultado es el presupuesto lógico y psicológico de la evitabilidad del mismo

A su vez, la previsibilidad vendrá determinada por la diligencia que el sujeto obligado a reparar ha desplegado en su actuación. En este ámbito parece existir una diferencia entre la diligencia exigida en materia contractual y extracontractual.

Así, en materia contractual, el reseñado artículo 1104 habla de lo que se ha descrito como una diligencia ad hoc: la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Se trata de la diligencia que puede ser exigida a una persona razonable en un contexto geográfico, histórico y humano dado. Es un criterio subjetivo en la medida en que está referido a la posibilidad que el agente tiene, bajo esas condiciones, de prever, y por ende evitar, el resultado dañoso.

Sin embargo, en lo que a la responsabilidad extracontractual se refiere la medida de la diligencia parece ser otra. En este sentido, el artículo 1089 establece:

Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia.

De acuerdo a dicho artículo, bastaría cualquier omisión de diligencia para que la obligación de reparar naciera; es suficiente cualquier género de culpa o negligencia, no precisándose ahora las características de la diligencia exigida. Por esta razón,

SANTOS BRIZ⁽²⁸⁾ afirma que mientras se incurre en responsabilidad extracontractual, aunque se trate de culpa levisima, para la contractual se exige una culpa al menos leve, aunque finalmente concluye que podría aplicarse a ambos tipos de responsabilidad el criterio de diligencia establecido en el artículo 1104.

En este último sentido se pronuncia la Sentencia de 5 julio de 1989 (Arz. 5297) en la que se afirma:

La culpa extracontractual requiere acreditar la existencia de un resultado dañoso, la relación de causa a efecto entra la actividad dañosa y el daño y la realidad de este [...] y que exige actuar con la diligencia exigible dada la naturaleza de las obligaciones a cumplir, y las circunstancias concurrentes de las personas y del lugar [...].

Por su parte, la Sentencia de 21 de octubre de 1981 (Arz. 3948) afirma la existencia de una presunción *iuris tantum* de culpabilidad, como también lo hace la Sentencia de 25 de febrero de 1992 (Arz. 1554), la cual, hablando de la culpa generadora de responsabilidad extracontractual, afirma que se ha de presumir culposa toda acción u omisión generadora de daño indemnizable, a no ser que el agente demuestre haber procedido con la diligencia debida a tenor de las circunstancias de tiempo y lugar.

Entra, así, dentro de lo razonable admitir como medida de la diligencia exigida para responsabilidad extracontractual la establecida en el artículo 1104, solo que, en

(28) SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Opus cit. Pág. 97.

este supuesto, la obligación previa es de carácter general, es la obligación de no causar daño a otros con nuestra conducta.

Otra de las diferencias que existen en esta materia es la relativa a los sujetos causantes del daño. En materia de responsabilidad contractual estarían obligados a reparar aquellos que han incumplido la obligación total o parcialmente, lo que supone que se trata de sujetos capaces, pues son los únicos que pueden contratar, quedando así excluidos los menores de edad y los locos y dementes, así como aquellos otros que hayan sido declarados incapaces por las causas legalmente establecidas.

Por el contrario, en materia de responsabilidad extracontractual, también los menores e incapaces pueden ser generadores de un resultado dañoso, naciendo la obligación de reparar, tal y como ha sido expuesto.

A simple vista, la cuestión no deja de ser paradójica: un menor no puede obligarse contractualmente, pero si puede generar con su conducta la obligación de reparar, que recaería en sus padres o representantes legales. Sin embargo, hay que tener en cuenta que no es el menor o incapaz sobre el que recae la responsabilidad y de manera indirecta en los padres o representantes legales, sino que se trata de una obligación directa de estos últimos, ya que han transgredido su deber de vigilancia, naciendo así la culpa in vigilando, tal como ha sido expuesto. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 10 de marzo de 1983 (Arz. 1469).

Igualmente incurren en la obligación de reparar los empresarios por los perjuicios causados por sus dependientes *en el servicio de los ramos en que los tuvieren empleados, o con ocasión de sus funciones*. El planteamiento en este caso es

similar al anterior, solo que, ahora, el supuesto de hecho requiere la existencia de una relación jerárquica entre el causante del daño y el que viene obligado a reparar. La responsabilidad se fundará ahora en una culpa in eligendo, en la que se produce una infracción del deber de cuidado en la selección del personal a su cargo, o in vigilando, por una falta del lógico control de la actividad desplegada por el empleado. Se trata aquí también de una responsabilidad directa, que se establece con base al incumplimiento del deber de vigilar a las personas que están bajo la dependencia de otras, y del deber de elegir adecuadamente a los empleados.

Otro tanto se puede decir de los directores o responsables de centros de enseñanza no superior, respecto a sus alumnos menores de edad, y durante el período en que están sometidos a su cuidado, o de los tutores de menores o incapaces.

10.5. La relación causal.

También elemento común a los dos tipos de responsabilidad que se estudian, es la relación causal. Con este concepto se hace referencia a la relación de causa-efecto que existe entre la conducta del agente y el daño producido, sin la cual no es posible declarar la existencia de responsabilidad.

Esta necesidad de conexión entre la conducta desplegada por el agente y el daño producido limita los casos en que puede declararse la responsabilidad desde el punto de vista civil. En este sentido **SANTOS BRIZ**⁽²⁹⁾ señala:

(29) **SANTOS BRIZ, J.** La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y procesal. Opus cit. Pág. 235.

En Derecho civil el acto inicial puede verse afectado por la culpa de la víctima o por la intervención de tercero. Entonces el juez ha de ponderar las diferentes proporciones causales y puede llegar a atribuir el resultado a diferentes causas simultáneas, o a repartir la responsabilidad entre el agente y el perjudicado. Esto conduce a fraccionar el daño y atribuirlo a las diferentes causas concurrentes.

Por el contrario, en el ámbito del Derecho Penal tal cuestión no se produce por las propias características del ilícito penal. No se desvirtúa la culpa, y por ende la responsabilidad del agente, aunque medie la intervención de la víctima, por cuanto aquel ha desplegado la conducta tipificada.

Aunque en el plano teórico el presupuesto causal no ofrece mayores dificultades, en la práctica judicial la cuestión no resulta tan sencilla de determinar, especialmente en los supuestos en que concurren varias causas al resultado final. Es por ello que han surgido diversas teorías que tratan de dar una solución aceptable a esta cuestión. Así:

a) *La teoría de la equivalencia de condiciones*: Según esta teoría, es causa toda condición que ha contribuido al resultado, siempre y cuando la ausencia de la misma hubiera dado lugar a que el resultado no se produjera. Aparecen así las causas como *conditio sine qua non*.

La mayor dificultad que entraña esta teoría radica en la valoración y clasificación de todas las posibles causas para determinar cuáles no son jurídicamente relevantes y cuáles han conducido a la producción del evento

dañoso, lo que ha hecho que haya perdido predicamento en nuestra práctica judicial y también en la doctrina científica.

b) *Teoría de la adecuación*: La mayor parte de los autores se decantan por este postulado, que considera que la cuestión a determinar es si la aparición del daño era de esperar en el ámbito del curso normal de desarrollo de los acontecimientos o si, por el contrario, tal cuestión escapa de esta previsión. Dicho en otras palabras, existe una adecuación entre la causa y el daño, es decir, la actividad desplegada por el agente era la idónea para que, no existiendo injerencias extrañas, el daño se produjera. En sentido contrario, si la actividad no era adecuada a la producción del daño, las consecuencias no pueden ser imputadas al sujeto.

c) *Teoría de la causa próxima*: Es aplicada con cierta frecuencia en la jurisprudencia inglesa y hace referencia a la necesidad de que entre el daño producido y la serie de causas exista una relación de proximidad, de forma que se desechen las posibles causas de origen remoto.

d) *Teoría de la causa eficiente*: En algunos casos nuestros Tribunales se refieren a la causa eficiente, acercando así causas que, siendo menos próximas, son las verdaderamente determinantes del evento dañoso.

A pesar de la diversidad de teorías, ninguna de ellas es seguida de manera exclusiva por los Tribunales, especialmente porque no existe en el Código Civil una norma general sobre esta materia. En este sentido, la Sentencia de 22 de octubre de 1948 (Arz. 1212) afirmaba que el establecimiento del nexo causal había de inspirarse

en la valoración de las condiciones o circunstancias que el buen sentido señalara en cada caso como índice de responsabilidad dentro del infinito encadenamiento de causas y efectos, con abstracción de todo exclusivismo doctrinal. En el mismo sentido se pronunciaron las Sentencias de 30 de diciembre de 1981 (Arz. 1537), 8 de noviembre de 1993 (Arz. 9785) y 13 de julio de 1998 (Arz. 5411), entre otras.

No obstante, en otras ocasiones, el Tribunal Supremo se ha decantado por alguna de las teorías mencionadas, como en la de 4 de junio de 1980 (Arz. 2399) y también en la Sentencia de 10 de febrero de 1987 (Arz. 702), en la que se establece que el nexo causal ha de ser base de la culpa del agente, afirmándose en la de 19 de febrero de 1985 (Arz. 561):

Por lo que se refiere al elemento causal, ha de entenderse, a los efectos de decidir sobre su existencia, que es causa eficiente para producir el resultado aquélla que aún concurriendo con otras, prepare, condiciones o complete la acción de la causa última.

En igual sentido se pronuncian las de 23 de enero de 1986 (Arz. 113) y 11 de febrero de 1992 (Arz. 1209).

La conclusión final es que el uso de las distintas teorías tiene un carácter instrumental para los Tribunales de Justicia, los cuales, en cada caso, determinarán la procedencia del uso de unas u otras o la aplicación de los criterios más adecuados al supuesto de que se trate.

Una cuestión de la que conviene hacer mención es la de la causalidad en la omisión. El acto omisivo puede merecer la calificación de causa del daño. Según **SANTOS BRIZ**⁽³⁰⁾ para ello se requiere:

- 1º. Que se pueda afirmar que de haberse realizado la acción omitida el daño se hubiera evitado.
- 2º. Que exista un deber jurídico por parte del agente de desplegar la acción omitida.

Así pues, no es suficiente con una conducta omisiva productora de un daño, sino que además se requiere la existencia de un deber jurídico de obrar, más allá del de prevenir y evitar el daño, porque, en definitiva, en las omisiones interesa la finalidad protectora de la norma obviada.

11. LA EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA JURISPRUDENCIA.

Como se ha expuesto, con carácter general, en el Ordenamiento Jurídico español, la responsabilidad civil toma su fundamento en la existencia de culpa en el agente. Se trata de una responsabilidad de carácter subjetivo. Sin embargo, este criterio general admite excepciones, que cada vez van siendo más numerosas a la luz

(30) **SANTOS BRIZ, J.** La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal. Opus cit. Pág 243.

de las Sentencias emanadas de nuestros Tribunales. Sin embargo, tal cuestión no es enteramente novedosa. Como señala SANTOS BRIZ⁽³¹⁾, si bien hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Uso y Circulación de vehículos de motor de 24 de diciembre de 1962 regía el principio de responsabilidad subjetiva como claramente dominante, a partir de entonces, comienza a apreciarse una paulatina objetivación de la responsabilidad, una vez consistente en la inversión de la carga de la prueba para obligar al autor de los daños a probar la diligencia en su actuar, otras veces exigiendo esta diligencia en el ejercicio de acciones legítimas, determinando que no es plena cuando las garantías adoptadas conforme a la legalidad vigente no evitaron los daños previstos, lo que revela la insuficiencia de las mismas y que faltaba algo por prevenir.

Incluso ya antes de la entrada en vigor de la reseñada Ley, el Tribunal Supremo, en alguna Sentencia admitía la conveniencia de una objetivación del sistema de responsabilidad. Es paradigmática, en este sentido la de 31 de octubre de 1931, en la que el Tribunal afirmaba:

Los antes señalados preceptos sobre responsabilidad civil extracontractual excluyen por el momento la posibilidad de que este Tribunal pueda rectamente interpretarlos de otra suerte, con ánimo de que en ellos tuvieran cabida con todas sus consecuencias jurídicas las modernas teorías sobre responsabilidad civil sin culpa de quien crea o asume un riesgo [...].

(31) SANTOS BRIZ, J. La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y derecho procesal. Opus cit. Pág. 64.

A pesar de esta temprana preocupación en la práctica judicial no se afrontará directamente esta cuestión hasta muchos años más tarde, concretamente hasta la Sentencia de 24 de marzo de 1953 (Arz.913), la cual, en su cuarto considerando, declara:

Si bien la responsabilidad civil dimanante de hechos culposos o negligentes realizados por un tercero a las órdenes de una empresa mercantil, es gobernada por el artículo 1903 del Código Civil con criterio subjetivo, a base de una presunción de la culpa, que ésta puede enervar demostrando que ha empleado toda la diligencia de un buen padre de familia para evitar el hecho culposo, la jurisprudencia viene imponiendo a la referida responsabilidad civil cierto matiz objetivista en el sentido de exigir una vigorosa prueba de la diligencia desplegada por el empresario en cada caso concreto para desvirtuar la presunción de culpabilidad, sin que a tal fin sea eficaz el mero cumplimiento formulario de preceptos reglamentarios que tienden a prevenir los siniestros, y en esta tendencia jurisprudencial es preciso insistir por razones de convivencia social que imponen la rigurosa aplicación del principio *neminem laedere*.

No se trata en realidad de un auténtica objetivación de la responsabilidad, en la medida en que no se omite el requisito de la culpa del agente para que nazca la obligación de reparar, sino que se propone una inversión de la carga de la prueba, estableciéndose una presunción *iuris tantum* de la culpabilidad del agente.

Por otra parte, el argumento sociológico va a ser una constante en todas aquellas sentencias que proponen la objetivación del sistema; como afirma

CAVANILLAS⁽³²⁾, nuevos hechos, nuevo derecho: en esto consiste, en suma, este argumento sociológico. Se trata, en definitiva, de reconocer que los tiempos han cambiado y que el Derecho, atendiendo a su función social, debe reconocer estos cambios; este es el espíritu del artículo 3.1 del Código Civil, y que ha sido reiteradamente citado por nuestro Tribunal Supremo en todas aquellas sentencias que tratan de dar cabida a un nuevo sistema de responsabilidad civil extracontractual⁽³³⁾.

En definitiva, la evolución del sistema de responsabilidad por culpa hacia un sistema de responsabilidad más objetivo es fruto natural de las características de la sociedad actual, donde las actividades desplegadas por los sujetos, aún encontrándose amparadas en la legalidad vigente más estricta, pueden entrañar riesgos para sus conciudadanos, cuestión que se hace más evidente cuando dicha actividad generadora

(32) Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. 1ª edic. Pamplona. Edit. Aranzadi. 1987. Pág. 26.

(33) CAVANILLAS, en la obra citada recoge innumerables Sentencias del Tribunal Supremo que encuentran su fundamento para caminar hacia una objetivación del sistema de responsabilidad civil en una interpretación de las normas conforme a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Así, cita entre otras, las siguientes: 4 de octubre de 1982 (Arz. 5538), 20 de diciembre de 1982 (Arz. 7698), 28 de febrero de 1983 (Arz. 1083), 16 de mayo de 1983 (Arz.2826), 18 de mayo de 1984 (Arz.2420), 6 de junio de 1984 (Arz.3216), 25 de junio de 1984 (Arz. 1145) y 12 de diciembre de 1984 (Arz.6039).

de riesgos resulta lucrativa para su autor. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 25 de febrero de 1992 (Arz. 1554):

La responsabilidad por culpa extracontractual o aquiliana, aunque basada originariamente en el elemento subjetivo de la culpabilidad según la impone el artículo 1902 del Código, ha ido evolucionando hacia un sistema, que sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, acepta soluciones cuasi objetivas, demandadas por el incremento de actividades peligrosas, consiguientes al desarrollo de la técnica y el principio de ponerse a cargo de quien obtiene provecho, la indemnización del quebranto sufrido por tercero, a modo de contrapartida del lucro obtenido por la actividad peligrosa, [...].

En idéntico sentido se pronuncia la Sentencia de 11 de febrero de 1992 (Arz. 1209), aunque reafirmandose en que la evolución de la responsabilidad por culpa extracontractual hacia un sistema objetivo no es absoluto:

[...], la evolución de objetivación de la responsabilidad extracontractual no ha revestido caracteres absolutos y, en modo alguno, permite la exclusión, sin más, aún con todo el rigor interpretativo que en beneficio del perjudicado impone la realidad social y técnica, del básico principio de responsabilidad por culpa.

Más allá quiso llegar la Sentencia de 5 de julio de 1989 (Arz.5297), la cual, en su considerando cuarto afirma:

Más la misma evolución de los tiempos, en pos de robustecer más el principio de que, en lo posible, se impidiera que ningún dañado quedara indemne con la adecuada tutela efectiva judicial [...], o en otras palabras, que ante la producción de un daño debía, a toda costa, encontrarse la persona responsable, haya o no

participado en su causación voluntaria de la acción, culminó, en un reino ya de progreso o de solidez de los principios de solidaridad social, en el advenimiento o de la llamada responsabilidad por riesgo, o bien de la responsabilidad por el uso de las cosas, en las que ya descolgado el nexo de imputación del modelo voluntarista la conquista de aquella ecuación daño igual a responsabilidad, determinó, que, en cualquier caso, cuando ese daño se produce a consecuencia de la presencia del damnificado en un mundo en que está o actividad económica al que sirve, el dueño o lucrado con esa actividad debe responder.

No es esta posición tan abiertamente objetivista la que ha imperado. Nuestro Tribunal Supremo ha optado por un sistema que podríamos calificar como mixto, en el que manteniendo el elemento psicológico y voluntarista que permite la imputación al agente a título de culpa, incorpora elementos interpretativos que pretenden proteger al perjudicado. Así lo declara, por ejemplo, la Sentencia de 30 de diciembre de 1992 (Arz. 1059) que afirma que la objetivización no es absoluta y en términos tales que permita achacar responsabilidades a quien no incurrió en culpa alguna; y también la de 26 de junio de 1987 (Arz. 9956) cuando sostiene:

Si bien es cierto que esta Sala viene proclamando reiteradamente que el principio de responsabilidad por culpa es el básico de nuestro ordenamiento y el acogido en el artículo 1902 [...], de tal suerte que se exige por modo general y como requisito de ineludible concurrencia el que al eventual responsable se le pueda reprochar culpabilísticamente el hecho originador del daño, pues sólo así puede generarse responsabilidad [...], pero no es menos cierto que esta Sala también ha creado diversos paliativos -los cuales son acentuar el rigor con que debe ser aplicado el artículo 1104, la responsabilidad por riesgo[...] y [...] la inversión de la carga de la prueba, creando la presunción iuris tantum de que medió culpa por parte del agente.

En definitiva, el planteamiento que se sostiene coincide con lo afirmado por **PUIG BRUTAU**⁽³⁴⁾:

En lugar de hablarse de culpa, ni siquiera presunta, ha de reconocerse que la moderna manifestación de responsabilidad objetiva representa el precio que alguien ha de pagar a cambio de serle permitida una actividad que implique riesgo para la sociedad o para terceros indeterminados.

La mayor dificultad con la que se tropieza para avanzar hacia una mayor objetivización de la responsabilidad es el marco legal en que esta se encuadra, de ahí que los Tribunales hayan hecho uso, como se ha puesto de manifiesto en las Sentencias reseñadas, de una serie de mecanismos que permiten la aplicación de un concepto amplio de culpa, entre los que se señalan los siguientes:

a) La paulatina consolidación de la idea de que licitud no es igual a ausencia de culpa. Incluso antes de que se iniciara el camino hacia la objetivización de la responsabilidad, el Tribunal Supremo señalaba la idea de la insuficiencia de las disposiciones reglamentarias para excluir la culpa⁽³⁵⁾. Como afirma **CAVANILLAS**⁽³⁶⁾:

(34) **PUIG BRUTAU, J.** Fundamentos de Derecho civil, tomo II, volumen III. 1ª edic. Barcelona. Edit. Bosch. 1983. Pág. 141.

(35) Cfr. Sentencia de 21 de diciembre de 1910.

(36) **CAVANILLAS MUGICA, S.** La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Opus cit. Pág. 49.

La regla tiene dos caras: por un lado, no es necesario, para que haya culpa que se infrinja ninguna norma concreta cuya violación haya de servir imprescindiblemente de fundamento del derecho de la víctima a ser indemnizada; por otro, no es suficiente haber cumplido con los requisitos exigidos por los preceptos legales aplicables para excluir la posibilidad de culpa.

Junto a esto, se da el hecho bien conocido de la insuficiencia del Derecho para alcanzar todos los ámbitos de la vida de convivencia que pretende regular, e incluso, aún alcanzándolos, también insuficiencia para prever todos los posibles supuestos que en estos se pueden dar, lo que plantea la existencia de zonas no normatizadas que deben ser tomadas en cuenta a la hora de despejar o consolidar la existencia de la obligación de reparar el daño causado.

El uso de esta concepción amplia de la culpa ha sido criticado por diversos autores⁽³⁷⁾ al entender que de esta manera el concepto de culpa reviste un carácter meramente formal, quedando vacío de contenido y poniendo de manifiesto que esa necesidad frecuente de manifestaciones correctoras no hace más que evidenciar que la responsabilidad por culpa no es un instrumento que cuente con la flexibilidad suficiente para cubrir todos los supuestos que quiere alcanzar el Tribunal Supremo.

En línea con esta interpretación amplia de la culpa está su caracterización con las notas de previsibilidad y evitabilidad. Precisamente a la primera de ellas ha atendido el Tribunal Supremo en la intención de ampliar los supuestos en que exista obligación

(37) Cfr. CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación de la responsabilidad en la jurisprudencia. Opus cit. Pág. 129-130.

de reparar, dando lugar a la fórmula denominada del *agotamiento de la diligencia*, que supone que para que el demandado se exonere de responsabilidad no es suficiente con que pruebe su diligencia, pues según este criterio, la misma existencia del daño da fe de que esta no se agotó, sino que tienen que incluir entre sus elementos probatorios la existencia de un suceso fortuito o de culpa de la víctima. Esta fórmula es la seguida, entre otras, por las Sentencias de 25 de febrero de 1992 (Arz. 1554), 11 de febrero de 1992 (Arz. 1209), 28 de abril de 1992 (Arz. 3417), 8 de febrero de 1991 (Arz. 1157).

b) La medida de la diligencia: Con mucha frecuencia, el Tribunal Supremo acude a la aplicación del artículo 1104 a la responsabilidad extracontractual -una muestra de ello la encontramos en muchas de las Sentencias que han sido reseñadas-, como medio de expansión de la obligación reparatoria, de forma que la diligencia, aparentemente abstracta, que se exige en el artículo 1902, se convierte en la concreta diligencia que exija la obligación y que corresponda a las circunstancias.

La primera pregunta que se plantea es cuál es la obligación preexistente cuya naturaleza hay que atender y la respuesta ya fue dada: se trata de una obligación genérica de no causar daño a otros. Pero esta respuesta se hace insuficiente en la medida en que existen daños que legítima y legalmente se pueden causar sin que nazca la obligación de indemnizar. Se ha de tratar entonces de daños que el damnificado no venga obligado a soportar y cuya calificación será revisada en los Tribunales, sin tener

que hacer una formulación general sobre su concepto y contenido. De ahí que **DÍEZ PICAZO**⁽³⁸⁾ haya llamado a este expediente *valoración casuística de la diligencia*.

c) La inversión de la carga de la prueba: Ha sido este un recurso usado reiteradamente por el Tribunal Supremo en ese deseo de expandir la obligación de reparar. Así lo declaran, por ejemplo, las Sentencias de 7 de abril de 1983 (Arz. 2104), 10 de julio de 1985 (Arz. 3965), 26 de junio de 1987 (Arz. 9966), 20 de diciembre de 1990 (Arz. 10589) y 11 de febrero de 1992 (Arz. 1209). En definitiva, se trata de acoger la presunción iuris tantum de culpa en el agente, mientras este no demuestre haber obrado con la diligencia debida.

La primera Sentencia que altera la doctrina jurisprudencial sobre la prueba de la culpa es la de 10 de julio de 1943 (Arz. 856), en la que se afirma:

Si bien el criterio de la responsabilidad objetiva en los atropellos causados por los automóviles no está consagrado en nuestras leyes, esto no excluye que en los casos en que resulte evidente un hecho que por sí sólo determine probabilidad de culpa, puede presumirse esta y cargar al autor del atropello la obligación de desvirtuar la presunción, bien entendido que para no tomar en cuenta la antijuridicidad y la culpa, si bien en principio existen, es necesario demostrar que el autor del hecho causal del daño había procedido con la diligencia y el cuidado debidos, según las circunstancias.

(38) DÍEZ PICAZO, L. Estudios sobre la jurisprudencia civil, volumen I. Madrid. Edit. Técno. 1973. Pág. 271.

Rompe el Tribunal con lo establecido en el artículo 1214, en virtud del cual corresponde la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, tomando como base la evidencia de un hecho que por si solo determina la probabilidad de culpa, y haciendo uso de lo dispuesto en el 1253, según el cual:

Para que las presunciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Pero se avanza más en este línea, y lo que fue presunción judicial se transforma en presunción legal, liberando así al juez de la necesidad de justificar la máxima de experiencia en que fundamenta su presunción. Así se pone de manifiesto, por ejemplo, en la Sentencia de 25 de febrero de 1992 (Arz. 1554), en la que se afirma:

El concepto de culpa o negligencia [...] como elemento esencial de la responsabilidad civil extracontractual merece la consideración de cuestión de derecho, en cuanto implica la calificación de la acción u omisión como culpable o negligente, partiendo de los hechos que respetando la existencia y caracteres de las mismas, quedan definitivamente acreditados.

Siguiendo a CAVANILLAS⁽³⁹⁾ las vías de esta transformación han sido, fundamentalmente, las siguientes:

(39) CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Opus cit. Págs 71 y ss.

- 1º. A través de los *obiter dicta* se han dejado preestablecido algunos instrumentos que, posteriormente, han sido utilizados como *ratio decidendi*. Señala en este sentido el precitado autor que el mero tratamiento de la inversión de la carga de la prueba como doctrina jurisprudencial que reflejan los citados *obiter dicta* presupone su consideración como presunción legal, derivada de cierta norma en cuya interpretación el Tribunal Supremo podría sentar doctrina.
- 2º. La segunda vía de transformación ha sido la consideración de la probabilidad de la producción del daño como presunción legal de la existencia de culpa. Así se manifiesta la Sentencia de 14 de febrero de 1985 (Arz. 552), en la que se afirma:

En los supuestos de causación de riesgos por actos de una persona o entidad, la doctrina de esta Sala ha proclamado la necesidad de llegar a una inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer sobre aquel que provocó el riesgo el “onus probandi” de que utilizó toda su diligencia para impedir la causación de un mal.

Algunas Sentencias han llegado más allá, al admitir que la mera existencia del dato objetivo del daño, hace presumir la culpa. Así, por ejemplo, la de 28 de febrero de 1983 (Arz. 1083) que se refiere a la existencia de la presunción de culpa siempre que se produzcan daños, vinculando así dicha presunción al principio *pro damnato*.

Es innegable que el concepto de culpa pierde sustancialidad con estos criterios interpretativos amplios, pero, por otra parte, el corsé legislativo parece frenar la

recepción completa de un planteamiento de responsabilidad sin culpa, aún cuando autores como CAVANILLAS⁽⁴⁰⁾ propugnan una interpretación analógica de los artículos 1905 y siguientes, en el entendimiento de que lo que en estos preceptos se recoge, entronca directamente con el planteamiento de una responsabilidad por riesgos, en la que no es precisa la concurrencia de culpa; otras normas que según el mismo autor apoyarían esta tesis interpretativa serían las relativas a supuestos específicos, como la navegación aérea, caza, circulación viaria, energía nuclear, daños causados al consumidor de productos defectuosos y también aquellos supuestos en los que si bien el daño que se origina es lícito, existe para el causante del mismo la obligación de indemnizar, como ocurre, por ejemplo en la expropiación forzosa, en los daños producidos por servidumbres legales y en los que son causados por la unión de bienes o accesión de buena fe. Según el mismo autor, aquellas normas contrarias a la interpretación analógica, como serían el artículo 1090 y el 1105, han de ser considerados a la luz de la nueva realidad social, menos liberal e individualista que la del siglo XIX.

Sin perjuicio de entender la más que razonable necesidad de ampliar los supuestos en que los daños deban ser indemnizados, escoger la vía de la interpretación analógica parece, cuando menos, complicado, entre otras razones, porque aún admitiendo que debe existir un coste para aquel que con el disfrute de una cosa o un derecho obtiene un provecho, es cierto que, en muchos supuestos, cargar ese deber de indemnizar en aquel que ha obrado conforme a Derecho es contrario al ideal de

(40) CAVANILLAS MUGICA, S. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Opus cit. Págs 141 y ss.

Justicia. Pensemos en las actividades médicas, desarrolladas por los que tienen legalmente competencia para desplegarlas. El estado actual de la ciencia permite afirmar que existen muchos tratamientos que pueden entrañar riesgos importantes para aquellos que los siguen, pero que son aplicados por cuanto sus beneficios no solo son mayores, sino que además, los daños pueden no aparecer nunca. Aún obrando con toda la diligencia debida, una intervención quirúrgica puede causar daños al paciente; ¿debe el médico responder en todas las circunstancias ya que, a fin de cuentas, fue su decisión escoger y practicar una profesión que podría entrañar riesgos para aquellos a los que pretendía curar?

Evidentemente, también cabe el planteamiento contrario: ¿debe el paciente soportar aquellos daños que no se encontraban entre lo posibles riesgos que aceptó cuando prestó su consentimiento?. Tampoco una respuesta afirmativa en este caso se acerca al ideal de Justicia.

El problema de la interpretación analógica, y que incluso aquellos que la proponen los enumeran, son básicamente dos:

- 1ª. ¿Quién debe responder de los daños no existiendo culpa?
- 2ª. ¿En qué supuestos es posible adentrarse en la responsabilidad por daños dejando atrás el sistema subjetivista?

Son preguntas que no tienen fácil respuesta y en esa medida, sin dejar de lado la construcción de un sistema de responsabilidad por daños, parece acertada, por prudente, la postura que con carácter general ha adoptado el Tribunal Supremo, sin

perjuicio de reconocer la incongruencia que en algunas Sentencias se dan en la construcción de ese sistema cuasi objetivo de responsabilidad. En definitiva, como ha dicho **PADRÓN DÍAZ**⁽⁴¹⁾:

Se trata de buscar un razonable equilibrio entre la filosofía liberal -a la que se contradice la exigencia de una indemnización por daños y perjuicios sin la existencia de culpa, en otros términos, ser condenado sin culpa- con un planteamiento ético, que exige que el que ha recibido un daño o perjuicio -sin su culpa o negligencia- reciba una justa compensación

12. LOS SEGUROS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .

Una de las vías a las que, cada vez con mayor frecuencia, se está acudiendo para conseguir el equilibrio mencionado es la exigencia de seguros de responsabilidad civil.

En este sentido, afirma **DE ÁNGEL YAGÜEZ**⁽⁴²⁾:

El seguro de responsabilidad civil cubre el riesgo de que nazca una deuda por ese concepto o de dicha naturaleza (de responsabilidad civil) en el patrimonio del asegurado. Lo que en principio significa que el "siniestro" que el seguro afronta es la eventualidad de que esa deuda nazca, como consecuencia de haber incurrido el

(41) PADRÓN DÍAZ, C. La profesión de arquitecto. Formación, atribuciones, responsabilidades. Opus cit. Pág 362.

(42) DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil. 1ª edic. Bilbao. Edit. Universidad de Deusto. 1988. Pág. 362.

asegurado en una situación que le constituye en obligado a indemnizar por el concepto de responsabilidad civil.

A la luz de esta afirmación se puede decir que el seguro de responsabilidad está en condiciones de prestar la indemnización debida en cualquiera de los supuestos de responsabilidad civil, es decir, tanto se trate de una obligación nacida claramente de la culpa del agente, como en aquellos otros supuestos en que la obligación de indemnizar nace desde una construcción más objetiva de la responsabilidad, según antes se ha expuesto, o es fruto de la llamada responsabilidad por riesgos.

En definitiva, el seguro de responsabilidad desplaza la carga indemnizatoria que pesa sobre el patrimonio del asegurado al asegurador. Esto va a suponer una indudable ventaja para el perjudicado, que en el caso de existir la póliza de seguro, no se va a ver sorprendido con una declaración de insolvencia del causante del daño, viendo así inefectivo su derecho a ser indemnizado.

Ahora bien, las cuestiones planteadas responden más a la idea del seguro voluntario, que sería aquel en el que el interesado, en previsión de que pueda incurrir en la obligación de reparar un daño causado a un tercero, contrata con una determinada compañía dicha póliza, en cuyo caso, estamos ante un verdadero supuesto de traslado de la obligación indemnizatoria. Otra cosa cabe decir respecto de los seguros obligatorios. El planteamiento que en ellos se hace es de socialización del riesgo. En este sentido, señala **PADRÓN DÍAZ**⁽⁴³⁾:

(43) **PADRÓN DÍAZ, C.** La profesión de arquitecto. Formación, atribuciones, responsabilidades. Opus cit. Pág. 363.

La socialización del riesgo en base al seguro obligatorio es posible en virtud de un funcionamiento similar al de la seguridad social, en la que todos los que intervienen en un ámbito concreto de actividades, que generan o pueden generar situaciones de riesgo, aportan, mediante el sistema de primas, el soporte económico necesario para financiar los gastos de indemnización de los daños y perjuicios.

Entre estos dos tipos de seguro se ha de mover la actividad médica. En la práctica, la vía usual es la contratación de un seguro privado por parte del profesional en el ejercicio libre de su profesión. Sin embargo, no sería descabellado plantearse la existencia de un seguro obligatorio que permitiera cubrir todos los riesgos, que se concreten en daños, que se puedan producir como consecuencia de la intervención médica, lo cual vendría a cubrir esa necesidad ética, antes mencionada, de que ningún perjudicado quede sin indemnización. Y se afirma que no es descabellada porque los avances técnicos y científicos producidos en ámbito de las ciencias biomédicas, han convertido estas en una fuente innegable de beneficios para la humanidad, en general, pero también de riesgos indudables, aún actuando con la máxima diligencia.

Las opiniones contrarias a este criterio se basan, fundamentalmente, en la alegación de que un seguro de estas características haría disminuir la diligencia del profesional. Esto, además de ser un juicio de valor, en caso de demostrarse, podría atenuarse con la aplicación de una serie de medidas sancionadoras dirigidas al profesional, medidas en la que los colegios profesionales podrían desplegar un papel relevante habida cuenta de que están encargados no solo de velar por los intereses del colectivo al que acoge sino, también, de garantizar una práctica profesional de la mayor calidad.



Se estima que es este un aspecto que ha sido descuidado hasta ahora por los colegios médicos, y una muestra de ello es la afirmación del Colegio de Médicos de Córdoba que en el caso acontecido en agosto de 1998, fecha en la que en un hospital de esa localidad, por error médico, extirparon los ovarios y el útero a una paciente que se encontraba embarazada, declaró que en ningún caso se encontraba acreditado la existencia de dicho error y que los médicos del hospital habían actuado adecuadamente⁽⁴⁴⁾.

En este sentido, se hace necesario el desarrollo de una regulación específica de las competencias de los colegios profesionales en esta materia, más explícitas que ese genérico control del ejercicio de la actividad profesional que se recoge en la actual Ley de Colegios Profesionales y en la que se tipifiquen las conductas profesionales sujetas a sanción. Dicha regulación deberá recoger la responsabilidad de los Colegios en los supuestos en que incumplan o no desarrollen adecuadamente esta función.

13. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL EJERCICIO DE LA PROFESIÓN MÉDICA.

Partiendo de la afirmación de que la fuente de la responsabilidad contractual es la existencia de una obligación previa que, o bien ha sido incumplida, o bien ha sido

(44) Las manifestaciones del Colegio de Médicos de Córdoba no dejaron de ser sorprendentes por cuanto la existencia del error resultó tan obvia que, en pocos días, el Hospital en que acontecieron los hechos, pactó con el representante legal de la perjudicada el cobro de una indemnización de 40.000 millones de pesetas.

cumplida defectuosamente, la primera cuestión que cabe plantearse es que tipo de contrato une al médico con el paciente en el ejercicio libre de su profesión.

Un dato procedente del Derecho Romano puede servir para dar luz a esta cuestión. Según señala LLAMAS POMBO⁽⁴⁵⁾, existieron dos acciones para la exigencia de responsabilidad a los médicos, dependiendo de la condición del paciente. Si éste último era esclavo, el dueño podía ejercitar la acción de la Lex Aquilia para que indemnizase el daño ocasionado a su propiedad. En caso de ser hombre libre el paciente, cabía la acción de locación en virtud del arrendamiento de servicios por el que estaba ligado el médico esclavo o liberto.

El problema se planteaba cuando el médico era un hombre libre, ya que, según precisa el mismo autor, en su condición de tal no podía arrendar sus servicios, precisamente en virtud de su de libertad⁽⁴⁶⁾.

Coincide, en este sentido, con IGLESIAS⁽⁴⁷⁾, que afirma que los servicios de las artes liberales o eran prestados gratuitamente, dadas las ideas dominantes en la sociedad romana, o eran realizados por esclavos; de hecho, la reclamación de honorarios sólo comenzó a ser posible en la época imperial mediante el ejercicio de la

(45) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. 1ª Edic. Madrid. Edit. Trivium. 1988. Pág. 10.

(46) Conviene recordar aquí lo ya expuesto en la primera parte de este trabajo, en donde se menciona que en un primer momento, en Roma, la Medicina fue ejercida por esclavos, ya que se entendía que era un trabajo denigrante para los hombres libres.

(47) Cfr. IGLESIAS, J. Derecho romano. Instituciones de Derecho privado. 7ª edic. Barcelona. Edit. Ariel. 1984. Pág 447 y ss.

cognitio extra ordinem. Dado que las características de la *locatio conductio operarum* incluyen la remuneración como contraprestación a la prestación de servicios realizada, no parece que, al menos en los primeros tiempos, haya sido posible hacer uso de este tipo contractual.

Sin embargo, como ya se ha mencionado⁽⁴⁸⁾, otros autores, entre los que se cita a NÚÑEZ PAZ⁽⁴⁹⁾, afirman la existencia del contrato de arrendamiento en sus dos formas, *locatio conductio operis* y *locatio conductio operarum*. El primero de los contratos sería el que formalizaría un hombre libre dedicado al ejercicio de la Medicina y el segundo correspondería a libertos y esclavos. Indica la autora el siguiente fundamento a la afirmación realizada:

En la locatio conductio operarum el médico carece de un saber especializado y está en relación de dependencia con el locator, quien "coloca" su propio cuerpo o el de otro para ser curado. En el segundo caso el conductor si posee un saber especializado y su prestación tiene un contenido único, proporcionar la curación del locator.

De esta forma, mientras que el médico esclavo o liberto solo está obligado a medios, el médico libre está obligado a resultados. El problema que queda planteado es si la ausencia de remuneración en la prestación de servicios elude la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios.

(48) Cfr. en este trabajo el epígrafe 2.4. La responsabilidad profesional. Pág. 30

(49) NÚÑEZ PAZ, M.I. La responsabilidad de los médicos en el Derecho romano. Opus cit. Págs. 90 y ss.

En este sentido, la ausencia de remuneración apoya la existencia de un contrato de mandato según algunos autores, entre los que cabe citar a **BONET RAMÓN**⁽⁵⁰⁾, según el cual las prestaciones de los médicos o abogados constituyen principalmente bienes inestimables, no susceptibles de pago, sino de honorarios, y por tanto, tales servicios pertenecen necesariamente al mandato.

De acuerdo al artículo 1709 del Código Civil el contrato de mandato se configura como la obligación que incumbe a una persona de prestar algún servicio o hacer alguna cosa, por cuenta o encargo de otra. En una primera lectura podría pensarse que efectivamente podría ser encuadrable en este tipo de contrato la actividad que despliega el médico en favor de su paciente. Sin embargo, un argumento fundamental que desecha esta tesis es el planteado por la Sentencia de 14 de marzo de 1986 (Arz.1252), en la que se estima como básico para distinguir el mandato del arrendamiento de servicios el criterio de *sustituibilidad* no confundible con el de representación, de tal manera que solo pueden ser objeto de posible mandato aquellos actos en que quepa la sustitución, o sea lo que el mandante realizaría normalmente por si mismo. Resulta evidente que el médico no es un sustituto del paciente en la actividad de cuidar y curar, ya que este acude a aquel precisamente por no poder hacer por si mismo que su salud esté en las mejores condiciones.

Otro argumento que descarta la posible existencia de un contrato de mandato es el hecho de que el médico, aún debiendo contar con el consentimiento del paciente

(50) BONET RAMÓN, F. "Naturaleza jurídica del contrato de mandato y el carácter del contrato de servicios". R.D.P. 1935. Págs. 393 y ss. Citado por: LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Opus cit. Pág. 117.

para aplicar el tratamiento debido, no está sujeto a las órdenes de este en el desarrollo de su actividad, sino que actúa con la libertad que le proporciona el conocimiento de su ciencia y del que el paciente carece. No podría aplicarse en consecuencia lo establecido en el artículo 1719 del Código Civil, es decir, nunca podría actuar el médico siguiendo las instrucciones de su paciente, sin perjuicio, y es importante insistir en ello, de que el paciente deba prestar su consentimiento al tratamiento, lo que en ningún caso implica dictar instrucciones dirigidas a determinar los medios y mecanismos que el profesional tiene que seguir para promover su curación o mejoría. Planteaba, en esta línea, LENEL⁽⁵¹⁾ la siguiente pregunta:

¿Necesita, por ventura, seguir el médico en su tratamiento las instrucciones del paciente, o el profesor en su enseñanza, las del alumno?. ¿Puede estar ligado a semejantes instrucciones el sacerdote?. ¿Tienen que dar cuentas?. ¿Tienen derecho al reembolso de gastos, ni a la indemnización de los daños que puedan sufrir en el ejercicio de su profesión?. Bien se ve que los principios del mandato conducirían aquí a consecuencias verdaderamente absurdas.

Otras soluciones se han tratado de dar a cuál es la esencia del contrato que une al médico con su paciente, como son la existencia de un contrato innominado o la gestión de negocios ajenos. Todas ellas han sido desechadas por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo que, desde épocas muy tempranas, ha afirmado la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios, como es el caso de la Sentencia 16 de febrero de 1935 (Arz.462), que afirma:

(51) LENEL. "El mandato retribuido". R.D.P. 1928. Págs 370. Citado por: CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho civil español común y foral. Tomo IV. 13ª edic. Madrid. Edit. Reus. 1986. Pág. 477.

Aunque de una manera eventual y accesoria puedan ser encomendadas a los abogados gestiones propias del contrato de mandato o poderes de representación, en su esencia, los servicios de los letrados, como los de las demás personas que ejerzan profesiones liberales no constituyen más que una modalidad del que la tradición jurídica y nuestro Código Civil vienen llamando contrato de arrendamiento de servicios.

Y más específicamente, la Sentencia de 18 de enero de 1941 (Arz.5) considera:

El molde amplísimo del contrato de prestación o arrendamiento de servicios cobija, sin género de duda, los servicios superiores y muy calificados de quienes, como los médicos, ejercen las llamadas profesiones y artes liberales.

También a favor de la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios se pronuncia la jurisprudencia más reciente, quien en ningún caso cuestiona la existencia de dicho contrato en la mayoría de las actuaciones profesionales de los médicos, como se desprende de las Sentencias de 28 de diciembre de 1978 (Arz. 4663), 28 de diciembre de 1979 (Arz. 4663), 3 de diciembre de 1991 (Arz. 8907), 28 de junio de 1997 (Arz. 5151) o 31 de diciembre de 1997 (Arz. 9493), entre otras.

En todo caso, y en lo que a este trabajo interesa, la existencia de un contrato de arrendamiento, en cualquiera de sus dos formas y, en ocasiones, con algunas limitaciones, abre un camino al análisis de la situación actual, por lo que procede el estudio de su regulación legal. Así, el artículo 1544 del Código Civil establece:

En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o prestar a la otra un servicio por precio cierto

Es decir, estamos ante una especie contractual que reviste dos formas diferenciadas; de una parte, el arrendamiento de obra, en el que la obligación adquirida por el arrendador es una obligación de resultados: se compromete a la entrega de una obra determinada, con independencia del trabajo que haya sido necesario realizar para generarla; de otra, el arrendamiento de servicios, en el que, el objeto del contrato es la prestación del trabajo en si mismo, no el resultado que produce.

Como ya se indicó, la jurisprudencia emanada de nuestro Tribunal Supremo se ha decantado por la existencia, como norma general, de un contrato de arrendamientos de servicios para definir la relación jurídica que une al médico con su paciente. Así, la Sentencia de 7 de febrero de 1990 (Arz. 668) afirma:

[...] el derecho positivo español no contienen preceptos definidores del estatuto jurídico del médico, sin embargo la doctrina científica y la jurisprudencia, partiendo del ordenamiento jurídico general civil, ha llegado a establecer el principio de que el médico, en el ejercicio de su profesión, se halla sometido a la normativa reguladora del contrato de arrendamiento de servicios[...].

En parecido sentido se pronuncia la Sentencia de 11 de febrero de 1997 (Arz. 940):

[...] a la hora de calificar el contrato que une al paciente con el médico a cuyos cuidados se somete, esta Sala, en doctrina constante, lo ha considerado como de arrendamiento de servicios y no de arrendamiento de obra, en razón a que, tanto la naturaleza mortal del hombre, como los niveles a que llega la ciencia médica - insuficientes para la curación de determinadas enfermedades-, y, finalmente, la circunstancia de que no todos los individuos reaccionan de igual manera ante los tratamientos de que dispone la medicina actual [...] impide reputar el aludido

contrato como de arrendamiento de obra, que obliga a la consecución de un resultado -el de la curación del paciente- que, en muchos casos, ni puede, ni podrá nunca conseguirse, dada la aludida naturaleza mortal del hombre, entendiéndose que, por tratarse de un arrendamiento de servicios, a lo único que obliga al facultativo es a poner los medios para la deseable curación del paciente [...].

No es posible negar que se trata de un arrendamiento de servicios un tanto peculiar, el que vincula al médico con su paciente, pero también es cierto que se trata de la forma contractual que mejor encaja en la actividad desplegada por dicho profesional, especialmente cuando resulta evidente que es la suya una obligación de medios, no de resultados, cuestión sobre la que tanto doctrina como jurisprudencia se manifiestan unánimes.

En cuanto a las características que puede revestir el contrato celebrado entre el médico y su paciente, apunta **MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ**⁽⁵²⁾ las siguientes:

- 1º. Se trata de un contrato *intuitu personae*, es decir, basado en la confianza, especialmente desde el lado del enfermo que elige al profesional. Por su parte, el médico, salvo por razones humanitarias o de urgencia, no está obligado a aceptar la designación realizada por el enfermo. De ello resulta la posibilidad de rescindir el contrato a instancia de cualquiera de las partes, con la única limitación, aquí para el médico, de que dicha rescisión no suponga abandono del paciente,

(52) MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L. La responsabilidad civil médico-sanitaria. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1992. Pág. 19.

en cuyo caso viene obligado a concluir su intervención profesional, al menos hasta que resulte sustituido por otro profesional.

Ese elemento de confianza es el primero que desaparece cuando la relación médico-paciente no se produce en virtud de un contrato o acuerdo de voluntades entre ambas partes, sino que el marco jurídico de la relación es el propio de la empresa, pública o privada, que ofrece servicios sanitarios, perdiéndose así la directa relación contractual entre el profesional y el receptor de sus servicios.

- 2º En cuanto a la forma del contrato, no se exige ninguna especial, según ha sido destacado por la jurisprudencia, entre otras por la Sentencia de 15 de febrero de 1992 (Arz. 771), siendo de aplicación los artículos 1254 y 1258 del Código Civil.
- 3º Se trata de un contrato bilateral en la medida en que genera obligaciones para ambas partes, que en el caso del enfermo están referidas, como mínimo, a mantener una actitud pasiva, y, obviamente, al pago de los servicios prestados. Alguna duda se plantea en este sentido, ya que, la libertad de consentir que se confiere al paciente permite que este pueda negarse a seguir el tratamiento prescrito por el médico, o alguno de sus aspectos. Bien es cierto que, en este caso, siempre cabe la posibilidad que el médico decida la resolución del contrato. En definitiva, de lo que se quiere dejar constancia es que parece existir una mayor "laxitud" en las obligaciones que incumben al paciente, salvo, claro está, en la que se refiere al abono de honorarios.

- 4° Como norma general, se trata de un contrato de tracto sucesivo, en la medida en que no segota ni se consume por el cumplimiento de una o varias prestaciones determinadas, sino que está destinado a desplegar efectos reiterados o escalonados durante un cierto período de tiempo. En principio, la relación médico-paciente no se agota en una sola visita o en un solo acto médico, sino que requiere de sucesivas intervenciones de éste, aunque en determinados supuestos puede revestir la forma de un contrato instantáneo, como ocurre, por ejemplo, cuando lo que se solicita es una determinada prueba analítica o radiográfica; en estos casos, la relación se consume en un solo acto.

13.1. OBLIGACIONES DE MEDIOS Y OBLIGACIONES DE RESULTADO.

La distinción entre contrato de obras y servicios ha dado lugar, a su vez, a la diferenciación entre obligaciones de medios y resultados. En el ámbito de la actividad sanitaria, no parece descabellado afirmar que, en principio, las obligaciones contractuales del médico son obligaciones de medios. A pesar de los importantes avances técnicos y científicos que se han producido en esta rama del saber, es imposible garantizar un resultado, garantizar la curación del paciente, entre otras cosas, por las propias condiciones previas de este.

Cada persona es única, diferente de las demás, y este *ser único* tiene también su proyección en el modo de enfermar y en el modo de responder ante la enfermedad, de tal manera que, si bien es cierto que la Medicina cuenta con una alto índice de sistematización de diagnósticos y tratamientos, en ningún caso es posible afirmar que

un determinado paciente, debidamente diagnosticado y debidamente tratado, según los criterios médicos vigentes, va a lograr la curación.

Se trata, en cualquier caso, de poner a disposición del paciente todos aquellos medios que en el estado actual de la ciencia sean los más idóneos para conseguir su recuperación o, en cualquier caso, mantener una calidad de vida aceptable para su estado de enfermedad. Esta última es otra de las cuestiones que, de alguna forma, dan sentido a esta obligación de medios, es decir, la evidencia científica de que en el momento actual el mayor número de consultas médicas que se producen en los países desarrollados son debidas a las llamadas enfermedades crónicas. Ante ellas, cuando el paciente acude en busca de ayuda profesional no persigue su curación, o al menos no lo hace una vez conocidas las características de la patología que padece; lo que busca es un tratamiento que le permita prolongar su vida en las mejores condiciones posibles dada su enfermedad.

No se puede entender, pues, que exista una obligación de resultados como norma general en el desarrollo de la actividad médica. En este sentido, señala LLAMAS POMBO⁽⁵³⁾:

Toda actividad médica conlleva una incertidumbre y un alea, de los cuales el facultativo nunca podrá desprenderse, por más que la ciencia avance y la técnica aporte nuevos y sofisticados medios [...]. Resulta evidente que, aunque la intención del médico sea curar al enfermo, a lo único que puede comprometerse es a utilizar

(53) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Opus cit. Pág. 73.

todos los medios de que intelectualmente disponga y todos los instrumentos que resulten adecuados para el logro de esa curación.

13.1.1. Obligaciones de medios.

El Tribunal Supremo se ha decantado de forma indubitada por la existencia de una obligación de medios -tanto en el ámbito contractual como extracontractual- para definir aquella que incumbe al médico y así se pone de manifiesto en todas aquellas Sentencias que analizan este extremo⁽⁵⁴⁾; así, la de 26 de mayo de 1986 (Arz. 2824):

Todo ello de acuerdo con la naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico, que no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una “obligación de medios”, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiera según el estado actual de la ciencia médica; por ello su responsabilidad ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes, sin que se pueda exigir al facultativo el vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad por exigir sacrificios desproporcionados o por otros motivos, y sobrevenido el resultado lesivo, [...], es preciso que ésta no pueda atribuirse a otras circunstancias [...].

(54) Cfr. las Sentencias de 12 de julio de 1988 (Arz. 5991); 17 de junio de 1989 (Arz. 4696); 7 y 12 de febrero y 6 de noviembre de 1990 (Arz. 668, 677, 8528); 11 de marzo de 1991 (Arz. 2209); 23 de marzo de 1993 (Arz. 2545); 15 de noviembre de 1993 (Arz. 9096); 25 de noviembre de 1993 (Arz. 9134); 1 de junio de 1994 (Arz. 4570); 15 de octubre de 1996 (Arz. 7112); 2 de diciembre de 1996 (Arz. 8938); 25 de enero de 1997 (Arz. 155); 9 de junio de 1997 (Arz. 4731); 9 de junio de 1997 (Arz. 4734); 20 de junio de 1997 (Arz. 4881); 2 de diciembre de 1997 (Arz. 8964); 13 de febrero de 1997 (Arz. 8816).

Igualmente, la Sentencia de 15 de febrero de 1992 (Arz. 771) señala que en el ámbito contractual incumbe al facultativo una obligación de medios, obligándose, no a proporcionar un resultado -la sanidad del enfermo- como si de algo a su *libre disposición* se tratara, sino a desplegar toda la actividad precisa para favorecer su restablecimiento, de acuerdo al estado actual de la ciencia.

En parecido sentido se pronuncia la Sentencia de 10 de octubre de 1994 (Arz. 7475) al afirmar que los médicos no cuentan en su disponibilidad científica la facultad y menos el poder curar con absoluta exactitud y seguridad, por lo que no se les puede exigir tal resultado. Es decir, en materia de obligaciones de los facultativos, es comúnmente aceptado la incapacidad de éste para prometer una curación que no tiene a su alcance, en la medida en que depende no solo de él, sino de otros factores ajenos que escapan a su completo control, entre ellos, las propias características del enfermar humano, como ya se ha puesto de manifiesto, lo que devendría, en determinados supuestos, en obligación imposible, actuándose conforme a lo preceptuado en el artículo 1.116 del Código Civil, produciéndose, en consecuencia la anulación de la obligación.

Continúa apoyando la tesis de la obligación de medios la Sentencia de 22 de abril de 1997 (Arz. 3249), de la que fue ponente **O'CALLAGHAN MUÑOZ**, y en la que se establecen las diferencias entre obligaciones de medios y resultados:

La idea que se mantiene es que la obligación no es la de obtener un resultado (en este caso, la salud del paciente), sino la de prestar el servicio más adecuado en orden a la consecución de un resultado. El resultado siempre está presente en la obligación; en la de actividad, ésta es el objeto de la obligación; en la de resultado, su objeto es el resultado mismo. Ello implica dos consecuencias: la distribución del

riesgo y el concepto del incumplimiento, total o parcial, siendo este último el también llamado cumplimiento defectuoso. El deudor de la obligación de actividad ejecuta la prestación consistente en tal actitud y cumple con su ejecución adecuada y correcta; el deudor de obligación de resultado, ejecuta la prestación bajo su propio riesgo, ya que tan solo hay cumplimiento si se produce el resultado. A su vez, lo anterior se relaciona con el cumplimiento; en la obligación de actividad, la realización de la conducta diligente basta para que se considere cumplida, aunque no llegue a darse el resultado: lo que determina el cumplimiento no es la existencia del resultado, sino la ejecución adecuada y correcta, es decir, diligente, de la actividad encaminada a aquel resultado. El cumplimiento de la obligación de resultado, por el contrario, requiere la satisfacción del interés del acreedor consistente en la obtención del resultado. En consecuencia, en la obligación de resultado, la no obtención de éste, que implica incumplimiento de la obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar incumplimiento.

Varias son las consecuencias que se derivan de lo antedicho:

A) La primera de ellas, que no por obvia conviene omitir, es que como norma general, no se exige al médico la obtención de un resultado fruto de la actividad profesional por él desplegada. El cumplimiento de su obligación consiste, justamente en desplegar dicha actividad, de tal forma que no se puede hablar de incumplimiento por la sola razón de que el resultado no se haya producido, ya que este no entra en la órbita de lo pactado, aunque sí de lo esperado, sin que por ello comprometa al profesional a la obtención en todo caso del mismo.

B) En segundo lugar, no basta cualquier actividad, sino que se trata de una actividad diligente que se encamina a la obtención de aquel resultado. Como establece la Sentencia de 9 de junio de 1997 (Arz. 4731), la actuación médica exige la máxima

atención al enfermo, no resultando de recibo satisfactorio las precipitaciones ni los diagnósticos inadecuados, incompletos, rutinarios o apresurados, al tratarse la salud de un derecho fundamental de las personas, que les hace acreedores de obtener todas las prestaciones sanitarias precisas e idóneas, sin regateos u omisiones injustificadas, para el logro de su restablecimiento.

La cuestión que se plantea es cual es la medida de la diligencia en el caso de la actuación profesional de los médicos; como más adelante se verá, esta medida de la diligencia viene determinada por la denominada *lex artis ad hoc*. No obstante, conviene no olvidar, que el derecho fundamental no se configura como un derecho a la salud, lo cual, como es evidente no es posible garantizar, sino un derecho a la protección de la misma, que, en todo caso tiene como límites la solidaridad y la equidad como principios en los que se apoya el Sistema Nacional de Salud.

C) La tercera de las consecuencias resulta de gran importancia en la medida en que orienta la carga probatoria. Dado que la obligación consiste en un hacer con diligencia, una vez se produce la actividad, incumbe al acreedor de la obligación probar que se ha producido el incumplimiento, o el cumplimiento defectuoso, por falta de diligencia.

Otra cosa sería que se omitieran las más elementales actuaciones por parte del profesional, en cuyo caso es posible establecer una presunción *iuris tantum* de culpabilidad. En línea con lo afirmado, la Sentencia de 13 de diciembre de 1997 (Arz. 8816):

En la obligación de resultado, la no obtención de este, que implica incumplimiento de la obligación, hace presumir la culpa; en la obligación de actividad, es precisa la prueba de la falta de diligencia, para apreciar el incumplimiento.

Se había hecho antes referencia a la necesidad de establecer la medida de la diligencia en el ejercicio de la Medicina. Para ello es necesario definir previamente en qué consiste la obligación de medios que incumbe al médico. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de abril de 1994 (Arz 3073), de la que fue ponente **ALBACAR LÓPEZ**, define, extensamente, el contenido de dicha obligación:

A) Utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento, de manera que, [...], la actuación del médico se rija por la denominada “lex artis ad hoc”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle, así como las especiales incidencias inseparables en el normal actuar profesional, teniendo en cuenta las especiales características del autor del acto médico, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto como conforme o no a la técnica normal requerida, pero, en cualquier caso, debiendo de hacerse patente que, dada la vital trascendencia que, en muchas de las ocasiones, reviste para el enfermo la intervención médica, debe ser exigida, al menos en estos supuestos, la diligencia que el derecho sajón califica como propia de las obligaciones de mayor esfuerzo;

B) Informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, siempre, claro está, que ello resulte posible, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si este es quirúrgico, pueden derivarse y, finalmente, y en el caso de que los medios de que se disponga en el lugar donde se aplica el

tratamiento puedan resultar insuficientes, debe hacerse constar tal circunstancia, de manera que, si resultase posible, opte el paciente o sus familiares por el tratamiento del mismo en otro centro médico más adecuado;

C) Continuar el tratamiento del enfermo hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, advirtiéndole al mismo de los riesgos que su abandono le puedan comportar, y

D) En los supuestos -no infrecuentes- de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia

En definitiva, de acuerdo a lo afirmado en la referida Sentencia, las obligaciones pueden ser agrupadas como obligaciones principales y secundarias, sin perjuicio de que todas ellas deban ser cumplidas. La distinción se plantea más en términos de obligaciones cuyo incumplimiento comprometen de manera severa la vida o la salud de los pacientes -obligaciones principales-, frente a aquellas otras -obligaciones secundarias- cuya ausencia lo que determinan es, básicamente, un cumplimiento defectuoso de la obligación, sin perjuicio de que también de ellas pueda derivarse una obligación de reparar.

Dentro de las obligaciones principales podemos situar, en primer lugar el deber principal que consiste en la utilización de *cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento*. Es esta una obligación que contiene dos aspectos, uno de carácter intelectual y otro material. En cuanto al primero de ellos, se trata, básicamente, de una puesta a disposición del paciente de toda la ciencia y todo el arte no que el médico conoce, sino que está obligado a conocer en función del estado actual de la ciencia médica, debiendo entenderse que no se excusa la ignorancia, pero también que esta obligación de

conocimiento se exige con lo que podríamos denominar un rango de normalidad, es decir, se exige aquel conocimiento que es adecuado a las circunstancias del tiempo y del lugar. Corresponde este deber a lo que **SANTOS BRIZ**⁽⁵⁵⁾ ha denominado deber de competencia.

También dentro de las obligaciones principales, en su aspecto material, se incluyen los medios mecánicos y químicos -medios terapéuticos- de que el médico debe disponer para realizar eficazmente su intervención. La exigencia aquí está referida a aquellos remedios de los que el médico, en el lugar en que se produce la intervención, dispone. Esta aclaración resulta especialmente importante en los supuestos de intervenciones de urgencia o en zonas rurales en las que no se cuente con centros sanitarios adecuadamente dotados que estén próximos; en estos contextos, el profesional, por más que conozca los últimos adelantos científicos y técnicos, no podrá utilizarlos por no disponer de ellos, por lo que no sería exigible a aquel la obligación de reparar un daño que naciera de esta carencia

Igualmente, puede ser incluida dentro de las obligaciones principales aquella que hace referencia a la continuación del tratamiento hasta el alta. Se entiende como obligación principal en la medida en que el abandono es equiparable a retirar los medios puestos a disposición en que consistía la obligación antes descrita. En este sentido se pronuncia la Sentencia de 28 de junio de 1997 (Arz 5151):

(55) SANTOS BRIZ, J. "La Responsabilidad Civil de los Médicos en el Derecho Español". R.D.P., Julio-Agosto, 1984. págs 644 y 645.

Los deberes profesionales y asistenciales de todo cirujano no quedan agotados o cumplidos plenamente [...] con la terminación de los actos integrantes de la intervención quirúrgica propiamente dicha, por muy correctamente que esta haya sido realizado, sino que se extienden necesariamente también a tratar de solventar las posibles complicaciones que pueda presentar el intervenido en la fase del postoperatorio.

Esto, que se afirma respecto de los cirujanos, es predicable de cualquier profesional de la medicina, realice actos quirúrgicos o estrictamente médicos, pues el seguimiento de la evolución del proceso del paciente se convierte en un elemento de primer orden para evaluar la eficacia del tratamiento prescrito, de forma tal que se puedan establecer las correcciones que procedan hasta que se produzca la curación o la mejoría del paciente -o su fallecimiento cuando la curación o mejoría no sea posible-.

Las tres obligaciones antes definidas pueden configurarse genéricamente como un deber de asistencia, entendiendo por tal la obligación que incumbe al médico de emplear todos los medios intelectuales y técnicos a su alcance para lograr la curación o mejoría de su paciente. Este deber de asistencia resulta irrenunciable cuando se ha establecido un vínculo contractual entre el médico y el paciente, porque a partir de ese momento, existe la obligación de continuar la asistencia, tal y como recoge la Sentencia antes transcrita. Es más, en determinados supuestos, no resulta preciso siquiera la existencia de un vínculo contractual, como serían los supuestos de asistencia urgente, en los que no solo las normas deontológicas, sino también el principio *neminem laedere* obliga al facultativo a prestar la debida asistencia. Más allá llega la legislación punitiva, al tipificar el delito de denegación de asistencia sanitaria y abandono de servicio, que recoge el artículo 196 del Código Penal:

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

Entre las obligaciones que se han calificado como secundarias se encuentra el deber de información que incumbe al médico. Se trata, evidentemente, de un mandato *ex lege*, en virtud de lo establecido en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el que se establece el derecho del paciente a recibir una información completa y continuada, verbal y escrita, en términos comprensibles, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, lo que, como afirma la mencionada Sentencia de 25 de abril de 1994 (Arz. 3037) incluye información sobre posibles complicaciones que puedan presentarse, tanto en el curso de la intervención, como en el postoperatorio.

No obstante, si bien en la mayoría de los casos se va a configurar como obligación secundaria, tal y como se ha señalado, en algunos supuestos puede aparecer como obligación principal, como ocurre cuando la obligación del médico es una obligación de resultado -a la que más adelante se hará mención- aunque no solamente en ésta, como lo prueban las numerosas sentencias emanadas del Tribunal Supremo que hacen referencia a la cuestión. Así, en la Sentencia de 10 de noviembre de 1997 (Arz 7868) se afirma que la información al paciente o a sus familiares está comprendida dentro de las obligaciones de medios que incumben al médico y su omisión supone negligencia. En el mismo sentido de integrar la información como obligación de medios se pronuncian las Sentencias de 7 de junio de 1994 (Arz. 4897) y la de 28 de junio de 1997 (Arz 5151). También la Sentencia de 2 de octubre de 1997 (Arz. 7405) concede un papel relevante a la información:

Un elemento esencial de esa “lex artis ad hoc” o núcleo esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, es el de la obligación de informar al paciente, o en su caso, a los familiares del mismo.

Para definir que es lo que se puede estimar como información correcta, hay que recurrir al artículo 10.5 de la Ley 14/1986, General de Sanidad de 25 de abril, que especifica que el paciente o sus familiares, tienen derecho a que en términos comprensibles a él y sus familiares allegados, se le de información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento. En resumen que el consentimiento prestado por el enfermo o sus parientes, ha de ser un consentimiento informado.

Curiosamente, rechazando la aplicación del artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad -referido al deber de informar- como base argumental del recurso al amparo del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se pronuncia la Sentencia de 6 de junio de 1997 (Arz 4610) por entender que se trata de una norma “de naturaleza decididamente enfocada al orden administrativo”, y como consecuencia no susceptible de ser utilizada como fundamento -por infracción de la misma- del recurso de casación, sin perjuicio de que siga sosteniendo la referida Sentencia que la información se integra en la obligación de medios que incumben al facultativo.

El supuesto de hecho que motivó la demanda y los subsiguientes recursos tuvieron lugar en 1989, cuando una señora embarazada acude a un hospital dependiente del Servicio Valenciano de Salud a fin de realizarse una serie de pruebas, ya que se trataba de un embarazo calificado como “alto riesgo”, encontrándose entre las citadas la realización de una amniocentesis, la cual, aún cuando efectivamente se verificó, según dice la referida sentencia, fracasó (habrá que entender aquí que, por cualquier causa, la prueba no arrojó un resultado fiable), lo que le fue notificado a la doctora

demandada en fecha 7 de julio, sin que esta a su vez lo notificara a la paciente, hasta que hubo transcurrido el plazo legal para interrumpir voluntariamente el embarazo, a lo que la recurrente estaba dispuesta, resultando el daño del nacimiento de una niña con síndrome de Down. El Tribunal declara la existencia de responsabilidad con base a lo siguiente:

Surge en el presente caso un perjuicio o daño, como es el nacimiento de un ser que padece síndrome de Down; lo que hubiera podido evitarse dada la disposición de la madre a interrumpir el embarazo dentro de los parámetros normales. Puesto que si la misma hubiera sabido con el suficiente tiempo, el fracaso de las pruebas determinantes de la situación del feto dentro del límite del tiempo legal, hubiera actuado en consecuencia, ..., por lo que se hubiera prestado a la intervención médica de interrupción del embarazo, y si ello no fue así se debió a la actuación negligente de la doctora R.P.T., que no le comunicó a su tiempo el fracaso de las pruebas, lo que se hubiera podido remediar con la repetición de las mismas o con otras de igual garantía o fiabilidad, pues había plazo suficiente aún [...] para proceder a la interrupción del embarazo dentro del plazo legal permisivo. De todo lo cual, dado el nacimiento de un ser con las deficiencias descritas, y la voluntad antecedente de la madre de evitarlo legalmente, así como la conducta médica que impidió lo anterior [...]; hace que surja lo que el Tribunal de Primera Instancia de Luxemburgo denomina en su Sentencia de 6 de julio de 1995 (caso Odigitria AAE), la supuesta violación del principio de protección de la confianza legítima, que se extiende a todo particular que se encuentre en una situación de reclamar la defensa de sus intereses. En otras palabras, [...], ha habido una acción médica negligente, un perjuicio gravísimo y una relación causal entre ambos acontecimientos.

Se puede apreciar, pues, como la omisión de información puede adquirir un más amplio alcance, pues en el caso descrito la misma afecta no ya al contenido de la información tal y como se ha descrito -pronóstico, diagnóstico y alternativas terapéuticos-, sino que antes se refiere a la omisión del fracaso de los medios diagnósticos, configurándose así la obligación de informar sobre este extremo.

El problema que respecto de esta obligación se plantea es el alcance que ha de tener dicha información; es evidente que ha de incluir el diagnóstico y también el tratamiento propuesto, pero ya incluso respecto de este, se plantean algunas dificultades.

El mencionado artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad incluye, dentro del deber de información que establece, las *alternativas de tratamiento*. Es decir, no queda debidamente cumplido este derecho con que el médico informe al paciente del tratamiento que va aplicar en el caso concreto, sino que se configura un deber previo de exponer a su paciente cuales son los remedios terapéuticos, que de acuerdo al actual estado de la ciencia, pueden ser aplicados y se encuentran a su disposición. Esto supone advertir de los males y bienes que el uso de cada una de esas alternativas pueden acarrear para el demandante de sus servicios; en otro caso, debe entenderse que el deber se ha cumplido de manera defectuosa. Una vez consentido por el paciente el uso de determinado remedio, debe el médico informar del pronóstico, es decir del curso normal que se espera siga la enfermedad en virtud del tratamiento aplicado.

La información sobre el pronóstico incluye, necesariamente, también la de las posibles complicaciones o riesgos que puedan aparecer. La cuestión que aquí se plantea es si se deben informar de todos los riesgos que están descritos en los manuales, o solo de aquellos que son más frecuentes.

La primera opción puede conducir a que nadie preste su consentimiento para realizar un tratamiento médico, ante el temor de lo que pueda sucederle si lo sigue. La segunda puede conducir a un consentimiento viciado, por cuanto que no se conocen todos los aspectos del tratamiento que se va a seguir. Lo normal es que se informe de

aquellas complicaciones que pueden calificarse como usuales, que presentan un porcentaje significativo de aparición, pero parece excesivo informar de aquellos riesgos que raramente aparecen.

De gran trascendencia y amplia argumentación resulta la Sentencia de 18 de febrero de 1997 (Arz. 1240), de la que fue ponente **ALMAGRO NOSETE**, en la que la culpa médica viene determinada por la falta de información al paciente sobre los riesgos que podía ocasionar una transfusión sanguínea en una situación que no era de riesgo vital y que produce al paciente, posteriormente fallecido, el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida:

El deber de protección que impone a todo contratante la buena fe obligaba a los servicios médicos del organismo codemandado, como prestadores de asistencia sanitaria al actor originario, a, de una parte, [...], reducir el uso de las transfusiones a los supuestos de riesgo vital o de graves e irreparables consecuencias para la salud del paciente, cuando no existiera método terapéutico alternativo, y, de otra parte, a informar al enfermo, que en el caso presente se hallaba plenamente consciente y lúcido, de los posibles efectos gravosos para su salud a que podía dar lugar la transfusión a que iba a ser sometido, de modo que pudiera dar a la misma una conformidad fundada en el conocimiento exacto de dichos efectos y asumiendo el riesgo de que llegaran a hacerse realidad [...].

Se pone en esta Sentencia claramente de manifiesto la finalidad que tiene la información que ha de proporcionarse al paciente o usuario de los servicios médicos: se trata de informar para obtener un consentimiento exento de vicios que incluso permite, como en el supuesto transcrito, que el paciente asuma los posibles riesgos derivados de la actividad asistencial, riesgos que en caso de ser debidamente informado, conocería y haría suyos.

Hay que hacer notar que, en este supuesto, el deber de informar trasciende de lo que afecta al acto médico o quirúrgico en sentido estricto, llegando hasta aquellos tratamientos posibles en el curso de la actuación médica central. Es decir, el objeto o el núcleo de la intervención médica, en el supuesto descrito, no es la transfusión, a pesar de lo cual se plantea la exigencia de informar de los riesgos que de este tratamiento posible, aunque no siempre probable, se pueden derivar.

Existen otros supuestos contemplados en la jurisprudencia en los que la omisión de la obligación de informar se convierte en determinante de la existencia de responsabilidad, como ocurre en los supuestos de enfermedad mental.

Así, la Sentencia de 5 de marzo de 1997 (Arz. 1659) establece la responsabilidad del médico que atendía a un enfermo paranoico. Se trata, en este caso, de un paciente psiquiátrico que convivía con sus padres y que un día salió armado de casa de los mismos y disparó con su pistola sobre tres niños causándoles la muerte. Los padres de los menores fallecidos presentan la demanda y los subsiguientes recursos contra los padres, así como contra el médico que atendía a dicho enfermo. El Tribunal Supremo, confirma la Sentencia absolutoria para los padres dictada por la Audiencia y, recogiendo literalmente uno de los fundamentos jurídicos de la misma, declara:

De existir alguna responsabilidad sería del facultativo, que no comunicó la clase de enfermedad que José padecía, ni tampoco aconsejó su ingreso en el Centro, no compartiendo esta Sala el criterio de que el médico no estaba obligada a informar, sobre la base de una lectura literal de la Ley de Sanidad. Si en algún caso hay obligación de informar, es en el supuesto de las enfermedades psiquiátricas, por la propia idiosincrasia de tales enfermedades, los riesgos que conlleva, y la necesidad de ayuda que tales enfermos requieren, nada de lo cual puede hacerse, si quien puede no informa.

Finalmente, aparece, también como obligación secundaria, aquella que incumbe al médico de informar a su paciente de la necesidad de hacer un seguimiento de su patología en aquellos supuestos en que esta pueda recidivar o sea una enfermedad crónica o evolutiva. Hay que entender que es esta una información que se proporciona al paciente en el momento del alta médica, con lo cual solo a éste incumbe el seguir esta recomendación, o, por el contrario, omitirla, quedando, en consecuencia, cumplido el deber médico, solo con advertir de esos posibles riesgos, ya que a partir del alta sale el paciente de su esfera de actuación, aunque su responsabilidad perdure respecto de todas aquellas alteraciones que puedan producirse como consecuencia de su intervención profesional.

Todo este conjunto de obligaciones de medios descrito conforman la denominada *lex artis ad hoc*, que es ampliamente descrita por las Sentencias de 7 de febrero de 1990 (Arz. 668) y 29 de junio de 1990 (Arz. 4945):

Se entiende por “*lex artis ad hoc*” aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de actuación de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor/médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado); siendo sus notas:

1) Como tal “*lex*” implica una regla de medición de una conducta, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta;



- 2) **Objetivo:** valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea, que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos;
- 3) **Técnica:** los principios o normas de la profesión médica en cuanto ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la “lex” es un profesional de la medicina;
- 4) **El objeto sobre el que recae:** especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución);
- 5) **Concreción de cada acto médico o presupuesto “ad hoc”:** tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha “lex artis”: así como en toda profesión rige una “lex artis” que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica, esa “lex”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán en un sentido u otro los factores antes vistos.

Lo transcrito resulta suficientemente clarificador como para merecer algún comentario adicional. Si acaso, conviene manifestar que la *lex artis ad hoc* va a suponer la medida de la diligencia en el quehacer médico; dicho en otras palabras, esta *lex* determina la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar, tal como preceptúa el artículo 1.104 del Código Civil.

13.1.2. Obligaciones de resultados.

Como se ha podido observar, la norma general es que incumban al médico obligaciones de medios, a pesar de lo cual, existen determinadas actividades desplegadas por éste que si pueden entrañar obligaciones de resultados, como puede ser el caso del médico analista, que se compromete a proporcionar unos determinados datos bioquímicos o hematológicos tras realizar una extracción y análisis de la sangre

de un paciente, o en aquellas operaciones de cirugía estética cuya finalidad es mejorar el aspecto físico del paciente.

En este sentido, distingue **FERNÁNDEZ COSTALES⁽⁵⁶⁾**, entre lo que llama Medicina curativa, en la que la obligación fundamental del médico se constituye a través de un contrato de arrendamiento de servicios, siendo, en consecuencia, una obligación fundamentalmente de medios, y aquellas otras especialidades médicas en las que no se persigue dicho fin.

Entre estas últimas se encontrarían un conjunto de especialidades que podemos denominar diagnósticas, entre las que se citan la ya mencionada de Análisis Clínicos, Bioquímica Clínica y Radiodiagnóstico; así, como otras que entran dentro de la llamada Medicina voluntaria, entre las que ocupa un papel destacado la Cirugía Estética.

Tal clasificación, aunque resulta indudablemente facilitadora, adolece de un desconocimiento de la práctica de la Medicina, por cuanto que, muchas de las especialidades que hemos denominado como diagnósticas hoy en día han asumido también un papel terapéutico, como ocurre con la Radiología Vasculor Intervenccionista, en la que el profesional no sólo diagnóstica, sino que también trata

(56) **FERNÁNDEZ COSTALES, J.** La responsabilidad civil sanitaria (médica y de enfermería). 1ª edic. Madrid. Edit. La Ley-Actualidad. 1995. Págs 60 y 61.

con los medios técnicos que antes se utilizaban solo con fines diagnósticos; igualmente, la Hematología, que ha dado lugar a la llamada Oncohematología⁽⁵⁷⁾.

Parece, por ello, más acertado el criterio distintivo utilizado por LLAMAS POMBO⁽⁵⁸⁾, aún cuando plantea el problema del casuismo. En efecto, dice el citado autor que habrá que estimar que se está ante una obligación de resultado en dos supuestos:

- 1°. Cuando en la actividad médica en cuestión no intervenga ningún alea o lo haga en muy escasa medida. Entrarían en este supuesto la emisión de certificados médicos, determinadas prácticas odontológicas, la corrección meramente estética, los análisis clínicos, el llamado contrato de hospitalización, las revisiones de salud, etc.
- 2°. Cuando del tenor de un contrato se desprenda la conclusión de que voluntariamente se pacta una obligación de resultado. Este segundo criterio ofrece, tal vez una mayor nivel de dificultad, aún cuando, desde el punto de vista jurídico es posible, en virtud de lo establecido en los artículos 1254 y 1255 del Código Civil. Y se estima tal cosa, por cuanto resulta difícil

(57) En el caso del radiólogo, cuando introduce un catéter en un vaso sanguíneo, no pretende sólo comprobar su estado, sino también, las más de las veces, remediar el estado patológico en que este se encuentra debido a una obstrucción, una estenosis, o cualquier otra causa. Otro tanto cabe decir de los hematólogos, cuya función ya no se limita al estudio de los elementos formes de la sangre, sino que tratan importantes y severas patologías.

(58) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Opus cit. Pág. 78.

entender que el médico se comprometa a un resultado que quizá no pueda alcanzar porque si bien es cierto que el tenor del artículo 1184 del Código Civil le libera de la obligación imposible de realizar, tal parece que, no pudiendo garantizar el resultado, como norma general, asumir una obligación de estas características puede interpretarse como un obrar de mala fe. En la práctica la cuestión resulta más sencilla, por cuanto que, la norma general es que solo se dan estos supuestos contractuales en aquellos casos en que de no mediar dicha obligación de resultado, la actividad no se desarrollaría⁽⁵⁹⁾.

Retomando la distinción entre obligaciones principales y secundarias, en el caso de las de resultado, a la obligación principal de hacer se incorpora aquella otra que antes fue calificada como secundaria, que es la obligación de informar. Si la información es un elemento fundamental en la relación terapéutica tratándose de obligaciones de medios, su valor se multiplica cuando de obligaciones de resultado se trata, precisamente por el carácter de estas. Se estima que, en estos supuestos, el paciente debe ser informado de todas las posibles eventualidades que puedan acontecer a lo largo del tratamiento, especialmente cuando se trata de un sometimiento voluntario, como ocurre con la cirugía estética sin fines curativos, o con determinadas intervenciones voluntarias dirigidas a producir la esterilización de los sujetos, cual ocurre con las vasectomías.

(59) ¿Qué paciente se sometería a una operación de cirugía estética si el cirujano no le “garantizara” que iba a quedar mejor, o quien permitiría que le extrajeran sangre si el analista no se comprometiera a darle los resultados?. Evidentemente se trata de actos médicos en los que debe mediar, si quiera sea mínimamente, una obligación de resultado.

En este sentido se pronuncia la Sentencia de 25 de abril de 1994 (Arz 3073), en la que, definiendo las obligaciones del médico, se afirma que el tenor de las mismas no solo comprenden el empleo de técnicas adecuadas, sino también -y haciendo mención expresa a la Ley General de Sanidad- el derecho a recibir información completa y continuada sobre los extremos ya señalados, esto es, pronóstico, diagnóstico y alternativas terapéuticas, incluyéndose, asimismo, información sobre las posibles complicaciones que puedan presentarse, tanto en el curso de la intervención con el postoperatorio. En el caso que nos ocupa se trata de un paciente que voluntariamente se sometió a una operación de esterilización -vasectomía- con el objetivo de no procrear más hijos, a pesar de lo cual se produjo la concepción de su esposa. La responsabilidad del cirujano se declara en este caso por cuanto no informó al paciente de la existencia de entre un 0,4 y un 1% de casos en que tras la intervención, se produce la recanalización espontánea de la vía seminal. Desconociendo esta información y cumpliendo con las recomendaciones postoperatorias establecidas por el médico, el paciente reanudó su vida marital normal, dando como resultado, la mencionada concepción de la esposa. El Tribunal Supremo aprecia la existencia de responsabilidad:

Concurren los tres requisitos precisos para la existencia de responsabilidad, pues entre la omisión del deber de información y el posterior embarazo de la esposa del actor, existe nexo de causalidad suficiente, desde el momento que el hoy apelante, fiado del resultado del seminograma [...] y de la interpretación que del mismo le diera el cirujano, [...], creyendo ser ya estéril y desconociendo la reversibilidad de su estado, comenzó a hacer vida marital normal, sin adoptar ningún tipo de precaución que tendiera a evitar la concepción.

Es posible apreciar aquí esa exigencia de un plus de información en aquellos supuestos en los que, a pesar de seguir calificando el Tribunal la obligación como de

medios, lo aproxima notablemente a la obligación de resultado propia del arrendamiento de obra. La razón para ello es obvia: el interesado no acudiría al facultativo en el caso de que no esperara alcanzar el resultado pretendido, por más que pueda parecer exagerado que se considere negligente la ausencia de información sobre un riesgo tan despreciable, a pesar de lo cual, dado que puede producirse, y que de saberlo el paciente puede mover su voluntad hacia la no realización del acto médico o quirúrgico, como en el caso señalado, debe hacersele conocer.

A sensu contrario, la existencia de una información veraz y completa en estos supuestos de *intervenciones voluntarias*, hace decaer la responsabilidad médica cuando no se produce el resultado querido. Tal es el supuesto planteado en la Sentencia de 27 de junio de 1997 (Arz. 5758) relativa, en este caso, a una intervención de ligadura de Trompas, en la que el Tribunal declara:

Si la hoy recurrente fue informada del riesgo del fracaso de la operación en un porcentaje del 1 a 3 por 1.000 y aceptó el riesgo que se convirtió en realidad, no por ello se le produce indefensión.

Es decir, la información adquiere un papel revelante en la medida en que no tratándose de una intervención médica vital, su déficit o inadecuación, por no decir su ausencia, podría dar lugar, o bien a la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, de conformidad a lo establecido en el párrafo primero del artículo 1266 del Código Civil, de acuerdo al cual, *para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo-*, lo que resulta evidente en el caso de haber pactado un resultado, cuando

no es posible garantizarlo-, y siempre y cuando no se haya dado principio a la actividad tendente a alcanzar aquel resultado; o bien, en el caso de que aquella actividad ya se haya desplegado sin obtener el resultado prometido, hará nacer para el facultativo la obligación de reparar por incumplimiento, o cumplimiento defectuoso, del contrato.

Podría incluso plantearse si, de conformidad a lo establecido en el segundo de los criterios de distinción entre obligaciones de medios y resultados propuesto por **LLAMAS POMBO**⁽⁶⁰⁾ y antes mencionado, el compromiso de obtener un resultado tratándose de una práctica médica en la que esté presente un alea, que el médico por razón de su oficio conoce y reconoce, a pesar de lo cual se compromete, no es un modo doloso de obtener el consentimiento del paciente, que quizá de otro modo no habría obtenido, especialmente si se asume lo recogido en la Sentencia de 26 de octubre de 1981 (Arz. 4001).

El dolo abarca no solo la insidia o maquinación directa, sino también la reticencia del que calla o no advierte debidamente a la otra parte, aprovechándose de ello. Tampoco elimina la existencia del dolo empleado por una parte la circunstancia de la ingenuidad o buena fe de la otra.

En parecido sentido se plantea la cuestión en la Sentencia de 16 de abril de 1991 (Arz 2697) en la que se declara que lo rechazable es que se comprometa a un buen fin de la operación y ésta no sólo no se consiga, sino que incluso empeore la situación del paciente.

(60) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Opus cit. Pág. 78.

Como antes se mencionó, es este un supuesto más teórico que práctico, dado que la realidad profesional elude esta clase de *promesas*, proponiendo, simplemente, que ya es bastante, los medios adecuados para obtener la curación o mejoría.

De otra parte, aunque como se ha reseñado la línea jurisprudencial se decanta claramente por la existencia de un contrato de arrendamiento de servicios, y en consecuencia, de una obligación de medios por parte del médico, en algunos supuestos se plantea la concurrencia de ambos tipos de obligaciones. Tal es el caso de la Sentencia de 25 de abril de 1994 (Arz 3073), relativa a una intervención de cirugía estética en la que se produce la muerte del paciente por complicaciones postquirúrgicas, en la que se declara:

En aquellos casos en los que la Medicina tiene un carácter voluntario, es decir, en los que el interesado acude al médico, no para la curación de una dolencia patológica, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético... el contrato, sin perder su carácter de arrendamiento de servicios, que impone al médico una obligación de medios, se aproxima ya de manera notoria al de arrendamiento de obra, que propicia la exigencia de una mayor garantía en la obtención del resultado que se persigue, ya que, si así no sucediera, es obvio que el interesado no acudiría al facultativo para la obtención de la finalidad buscada.

Recapitulando, lo que se observa en la jurisprudencia estudiada es una clara tendencia a declarar que al médico incumben obligaciones de medios, y que solo en determinados supuestos se reconoce la existencia de obligaciones de resultados, supuestos siempre referidos a la llamada *Medicina voluntaria*, pues en la otra, en la *necesaria*, por tener tal carácter, el paciente asume el riesgo del alea presente en la actividad médica.

13.1.3. Otras obligaciones médicas.

Junto a las obligaciones médicas señaladas, se sitúan otras que, aún no constituyendo el núcleo de la prestación médica, se configuran como una parte importante de la relación médico-paciente. Este es el caso del secreto profesional y la obligación de emitir certificados que incumbe a los facultativos.

13.1.3.1. El secreto profesional.

El secreto profesional que incumbe al médico se ha configurado tradicionalmente como un deber de carácter ético, auspiciado y protegido por las normas deontológicas que en la materia se han dictado. De hecho, el propio Juramento Hipocrático ya hace referencia a esa obligación de guardar secreto de aquello que el médico conozca con ocasión del ejercicio de su profesión.

No obstante, aún cuando el secreto mantiene su tradicional naturaleza de obligación médica de confidencialidad basada en la confianza que el paciente ha depositado en el facultativo, en la actualidad, la introducción de procedimientos informáticos en el área de recogida y almacenamiento de datos médicos ha hecho necesario el establecimiento de medidas que permitan garantizar al usuario de los servicios médicos que sus datos clínicos no van a ser difundidos.

Seguidamente se analizará el contenido y alcance del secreto profesional en su configuración genérica, y, posteriormente, se pondrán de manifiesto las específicas garantías establecidas por la legislación vigente para la protección de datos automatizados.

13.1.3.1.a) La obligación genérica de guardar secreto.

El Código de Ética y Deontología Médica español recoge en su artículo 14, apartados 3 y 4, el contenido y alcance del secreto profesional:

3. El médico guardará secreto de todo lo que el paciente le haya confiado y de lo que él haya conocido en el ejercicio de la profesión.
4. La muerte del paciente no exime al médico del deber de secreto.

Es decir, de acuerdo a esto, forma parte del secreto, no sólo aquello que directamente ha sido comunicado al profesional, sino cuantos otros aspectos del paciente o de su vida pueda llegar a conocer en el marco de la relación profesional que le vincula a éste. Según ATAZ LÓPEZ⁽⁶¹⁾ el secreto profesional consiste en un específico deber que puede ser configurado de la siguiente manera:

El secreto médico es el deber de no revelar aquellos hechos de los que tuviera conocimiento el médico por razón de su profesión y que afectaran a la esfera privada del paciente.

Más adelante, el mismo autor⁽⁶²⁾ explica que incluye este deber:

Los hechos objeto del secreto médico son aquellos que afecten a la vida privada de una persona o familia, sobre los que el común sentir social o el propio interesado considere que no deben ser revelados, y que se hayan conocido en el ejercicio de la profesión ; siempre

(61) ATAZ LÓPEZ, J. Los médicos y la responsabilidad civil. 1ª edic. Madrid. Edit. Montecorvo. 1985. Pág. 177.

(62) ATAZ LÓPEZ, J. Los médicos y la responsabilidad civil. Opus cit. Pág. 187.

que, por supuesto se trate de datos secretos, ya que no parece que pueda considerarse que hay violación del secreto médico cuando se revele un dato que es notorio.

Como ha dicho YUNGANO⁽⁶³⁾, el secreto médico alcanza a la naturaleza de la enfermedad, su diagnóstico, así como todas las circunstancias inherentes a la misma, tales como el pronóstico y el tratamiento, pero también las circunstancias en las que la enfermedad se produce o se desarrolla, circunstancias que entran de lleno en la esfera de la intimidad del paciente, de tal modo que su injusta revelación significa un daño para el paciente y/o sus familiares.

De alguna forma, para que el médico pueda realizar el servicio que le ha sido solicitado por el paciente, necesita que éste le abra la puerta de aquello que pertenece a lo más íntimo de su existencia, desde el propio soporte físico o biológico de la misma, lo que ocurre cuando se produce el examen físico por el médico, hasta aquellas otras cuestiones que tienen que ver con hábitos o estilos de vida. A cambio, el profesional se compromete a no desvelar ninguno de los datos que con base al consentimiento del paciente ha podido llegar a conocer. De esta manera, intimidad y secreto se vinculan estrechamente, hasta el punto de que el deber de sigilo que incumbe al médico quede protegido, de forma general, por la normativa que protege el derecho a la intimidad.

De conformidad a lo anterior, el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a

(63) YUNGANO, A.R., y OTROS. Responsabilidad profesional de los médicos. Cuestiones civiles, penales, médico-legales y deontológicas. 2ª edic. Buenos Aires. Edit. Universidad. 1986. Pág. 121.

la propia imagen, establece qué se consideran intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de la citada norma:

La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

De acuerdo a ello, la revelación por parte del médico de aquello que ha llegado a conocer de un paciente en el curso de su ejercicio profesional supone un ataque contra la intimidad del sujeto, y, en algunos supuestos, incluso contra su honor; es decir, supone un ataque contra unos bienes de la personalidad de tanta importancia que están reconocidos y garantizados constitucionalmente, debiendo ser, por tanto, resarcidos los daños causados en este ámbito.

A pesar de la trascendencia que la revelación de datos médicos puede tener, y de hecho tiene, su regulación jurídica ha sido desigual. Así, hasta la entrada en vigor de la antes mencionada Ley Orgánica 1/1982, no existía regulación civil alguna que estableciera responsabilidad en este ámbito jurisdiccional, quedando la posible sanción en manos de los correspondientes Colegios de Médicos, como instituciones encargadas de velar por el correcto actuar profesional en el marco del cumplimiento de las normas deontológicas propias del ejercicio profesional.

Tampoco en el ámbito penal se establecía protección. Echando una mirada hacia atrás se puede observar que el deber de guardar secreto estuvo penado por la ley hasta el Código Penal de 1870, en el que se destipificó esta conducta, no volviendo a ser delito en nuestro país, con la excepción del breve período de vigencia del Código de

1928, hasta la entrada en vigor el Código de 1995⁽⁶⁴⁾, en el que se contempla la vulneración del deber de secreto por parte del médico como tipo delictivo en su artículo 199.2:

El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

A la vista de lo expuesto cabría preguntarse si la obligación de guardar secreto forma parte de aquellas que antes se han definido como obligaciones principales. A sensu contrario, si la vulneración del deber de secreto supone un incumplimiento tal que afecta a la propia naturaleza de la obligación que vincula al médico con su paciente.

Se estima que existe una diferencia sustancial entre la vulneración del deber de informar, que se ha calificado en este trabajo como obligación principal, y la vulneración del deber de guardar secreto. Así, respecto a la primera de las obligaciones mencionadas, la ausencia de información condiciona de forma importante la validez del consentimiento prestado por el paciente, como ya ha sido expuesto. Sin embargo, en la vulneración del deber de guardar secreto, la relación médico-paciente ha sido

(64) No obstante, es necesario hacer mención de los artículos 367 y 368 del anterior Código Penal, que se referían a la obligación de guardar secreto de los funcionarios públicos, pudiendo incluirse en estos tipos penales aquellos supuestos de profesionales sanitarios que prestaban sus servicios en centros sanitarios públicos, especialmente para el INSALUD o Servicios de Salud de las comunidades autónomas. A aquellos, aunque eran considerados -y lo siguen siendo en la actualidad- personal estatutario, les era de aplicación, en lo que no se dispusiera lo contrario, la normativa concerniente a la función pública.

válidamente constituida, los servicios profesionales pueden haber sido prestados adecuadamente e incluso es posible que la propia relación haya llegado a su término final.

Por tanto, la vulneración del secreto no afectaría a la sustancia misma, al contenido esencial de la prestación debida por el profesional, de ahí que la determinación de responsabilidad por incumplimiento de contrato en los supuestos en que este deber de secreto resulta vulnerado, es compleja. Si el objetivo del nacimiento de la relación entre el médico y el paciente es procurar la salud o mejoría de este y esta finalidad se alcanza, no tendría, aparentemente, mayor importancia que se vulnerara el deber de sigilo. Pero, aquí se entraría en el cómo deben ser prestados los servicios: no es la cuestión principal del fin, sino la accesoria del modo.

Lo que entra en juego es otro conjunto de bienes que el Derecho trata de proteger por cuanto tienen un alto valor social, como es la intimidad y la propia imagen. Podría afirmarse que la vulneración del secreto rompe la base sobre la que se establece la relación médico-paciente, esto es la confianza que entre ambos debe existir; sin embargo, la actual organización sanitaria, especialmente en el ámbito público, concede cada vez menor importancia a esa confianza que el paciente deposita en *su médico*.

Parecida consideración del deber de secreto como no principal establece LLAMAS POMBO⁽⁶⁵⁾ al configurarlo como un deber *satélite* que va girando en torno a la obligación principal de asistencia. Todo ello nos lleva a configurar el deber de

(65) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. Opus cit. Pág.272.

secreto como una obligación de carácter accesorio, especialmente cuando, bajo determinadas circunstancias, se permite su vulneración, contempladas por los propios Códigos deontológicos.

Tal es lo que ocurre en los supuestos de enfermedades infecciosas, en los que, en razón de evitar el contagio, el profesional viene obligado a tomar las medidas profilácticas necesarias, aún cuando esto pueda suponer en alguna medida una vulneración de su deber de secreto. Estos casos quedan mayoritariamente definidos por la obligación administrativa⁽⁶⁶⁾ de poner en conocimiento de las autoridades sanitarias la existencia de ciertas enfermedades infecciosas, las cuales se encuentran perfectamente identificadas y catalogadas. Se estima que estos supuestos no resultan especialmente problemáticos por cuanto que la propia comunicación oficial trata de guardar el mayor anonimato posible para el paciente afecto de alguna de dichas enfermedades.

Mayor problema plantean aquellos supuestos en que, aún tratándose de enfermedades de declaración obligatoria, se produce un conflicto de intereses, o más propiamente, de derechos subjetivos. La declaración obligatoria de enfermedades obedece a un criterio de interés general, pero más allá de éste, existe el interés particular de aquellos sujetos que se pueden ver afectados en su vida o en su salud

(66) Entre otras normas, crean esta obligación, el Decreto de 26 de julio de 1945, por el que se aprueba el Reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas; el Real Decreto de 30 de julio de 1982, por el que se dictan normas complementarias sobre enfermedades de declaración obligatoria; la Resolución de la Dirección General de la Salud Pública de 22 de diciembre de 1981, que establece un listado de enfermedades de declaración obligatoria y la Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública de 14 de abril de 1986.

como consecuencia de su relación con pacientes portadores de determinadas enfermedades infecciosas.

El paradigma de esta situación es el supuesto de los enfermos de SIDA o portadores del virus de la inmunodeficiencia humana (VIH); aunque efectivamente el artículo 10 de la Ley General de Sanidad, cuando regula el derecho a la información establece que la misma ha de proporcionarse al paciente y a sus familiares, la práctica médica común es que si el enfermo está en condiciones de recibir dicha información, ésta solo se dirige a él, existiendo la posibilidad, no infrecuente, de que el propio paciente solicite al médico que no se comunique su diagnóstico a su familia, especialmente a su pareja.

La cuestión planteada no es sencilla de resolver, ya que si bien el médico viene obligado a guardar la intimidad de su paciente, su propio oficio le obliga también a proteger, con carácter general, la salud y la vida de aquellos que puedan verse afectados por esta situación. En el ámbito penal, **ROMEO CASABONA**⁽⁶⁷⁾ propone alegar un estado de necesidad *justificante* de su conducta, siempre y cuando se den todos los requisitos para ello: que el mal causado no sea mayor que el que se pretende evitar (vulneración del secreto frente a la vida o la salud del otro). En cualquier caso, no existen pronunciamientos de los Tribunales de justicia que sirvan de referencia para este supuesto.

(67) ROMEO CASABONA, C.M. y CASTELLANO ARROYO, M. "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica". Revista Derecho y Salud. Vol. 1, núm. 1. Julio-diciembre, 1993. Págs. 5-17.

Esta cuestiones pueden quedar resueltas, desde el punto de vista deontológico, por la vía del artículo 16 del mencionado Código de Ética y Deontología Médica, recientemente reformado:

Con discreción, exclusivamente ante quien tenga que hacerlo y en sus justos y restringidos límites, y si lo estimara necesaria, solicitando el asesoramiento del Colegio, el médico podrá revelar el secreto profesional en los siguientes casos:

- a. **Por imperativo legal.**
- b. **En las enfermedades de declaración obligatoria**
- c. **En las certificaciones de nacimiento y defunción.**
- d. **Si con su silencio diera lugar a un perjuicio al propio paciente o a otras personas; o a un peligro colectivo.**
- e. **Cuando se vea injustamente perjudicado por causa del mantenimiento del secreto de un paciente y éste permite tal situación.**
- f. **Cuando comparezca como denunciado ante el Colegio o sea llamado a testimoniar en materia disciplinaria.**
- g. **Cuando el paciente lo autorice. Sin embargo, esta autorización no debe perjudicar la discreción del médico, que procurará mantener siempre la confianza social hacia su confidencialidad.**

Esta regulación viene a establecer las excepciones al secreto profesional que podrían ser admitidas por *las normas de la buena práctica*; sin embargo plantea algunos problemas de interpretación. Así, el apartado “e” del precepto mencionado libera al médico de la obligación de guardar secreto cuando se vea perjudicado, en caso de mantenerlo⁽⁶⁸⁾.

(68) El anterior Código Deontológico permitía la vulneración del secreto cuando la causa del perjuicio fuera atribuible al paciente; el actual sólo requiere la tolerancia del paciente ante la acusación injusta, aunque él no la haya promovido directamente.

La cuestión planteada es si el médico queda liberado de su obligación de guardar secreto siempre que valore la existencia de un peligro real o potencial para su ejercicio profesional. Tal parece ser el sentido que se quiere dar a este precepto cuando se habla de *perjuicio injusto*, sin que se determine quien ha de juzgar la justicia o injusticia del perjuicio, salvo el propio profesional.

También se exonera al médico de la obligación de guardar secreto en el apartado “f”, donde parece claro que los motivos que impulsan aquí la vulneración del secreto son la necesidad de defensa de una acusación formulada ante la institución colegial por una mala praxis profesional.

Resulta particularmente llamativo que en los supuestos de autorización del paciente recogidos en el apartado “g” se plantee una reserva que no se manifiesta para el resto de las excepciones al secreto, apelando a la necesidad de mantener la confianza social en la confidencialidad del médico. Parece razonable pensar que esa confianza no se rompe si es el propio paciente el que autoriza a la divulgación de los hechos y datos conocidos por el médico con motivo de su intervención profesional.

Parece, más bien, que se esté formulando un argumento que pudiera alegar el profesional cuando no este convencido, por las razones que sea, de la conveniencia de revelar información relativa al paciente. De esta forma, cabría la posibilidad de que, incluso cuando el paciente solicitará la presentación de su historia clínica como prueba documental a lo largo de un proceso, el profesional pudiera negarse alegando razones deontológicas.

Recapitulando, es posible establecer la existencia de tres supuestos reconocidos por la ética médica en nuestro país en los que se permite la vulneración del secreto profesional:

- a) Por mandato legal. (artículo 24 de la Constitución).
- b) Ante la existencia de un peligro real para la vida o la salud del paciente o terceros.
- c) Ante la posibilidad de un perjuicio para el médico en su ejercicio profesional.

Ello nos permite afirmar que, en lo que a la naturaleza del secreto se refiere, ha de ser calificado como un secreto relativo, frente al secreto absoluto -ahora y para siempre- que expresaba el Juramento Hipocrático. Las circunstancias de tiempo y lugar, los propios avances de la ciencia médica y de los derechos de los ciudadanos en general, y de los usuarios en particular, han llegado a estimar como un síntoma de progreso la posibilidad de que el secreto pueda ser vulnerado en aras a intereses superiores a los del paciente, que serían los de el conjunto de la sociedad. Ahora bien, junto a la flexibilización del deber de sigilo, cabe plantearse el alcance de dicho deber, dicho de otro modo: el secreto profesional, que ya no se configura como deber absoluto, tiene además un determinado alcance y unos límites que son convenientes señalar.

Así, en cuanto a los datos que quedan al cuidado del deber de sigilo, cabe afirmar que son todos aquellos que el médico conoce con ocasión de su ejercicio profesional, tanto los obtenidos de forma directa, a través de información verbal o escrita suministrada por el paciente y/o sus familiares, como aquellos que se descubren tras la realización de determinadas exploraciones y pruebas, diagnósticas o no.

Conocido el alcance del secreto, la siguiente cuestión es cuáles son los límites que presenta, precisamente por haberse configurado como un deber no absoluto. Así, podríamos establecer algunos supuestos generales:

A) Según FERNÁNDEZ HIERRO⁽⁶⁹⁾ el secreto médico no existe para el propio enfermo o sus familiares. Parece obvio, en principio, que el propio paciente conozca los datos relativos a su proceso, cuestión que ya ha sido planteada al hablar del derecho a la información. Sin embargo, cabría hacer alguna consideración respecto al llamado *privilegio terapéutico*; este supone, que el médico, en virtud de la valoración que realiza del estado anímico del paciente y de su modo de afrontar la enfermedad tiene la facultad, de acuerdo a la ética médica, de ocultar a su paciente información relevante acerca del proceso patológico que padece.

Aunque en principio podría entenderse que el privilegio terapéutico es una forma de secreto, en este caso frente al propio paciente, dada la naturaleza de aquél, no parece razonable esta conceptualización. El deber de secreto pretende proteger la intimidad del paciente; el privilegio terapéutico trata salvaguardar lo que podríamos entender como la integridad psicológica y emocional del paciente, por lo que es más un límite al derecho a la información, que al secreto profesional.

En todo caso, interesa poner de manifiesto que no es posible inferir de la legislación vigente el reconocimiento del derecho del médico a omitir información al

(69) FERNÁNDEZ HIERRO, J. M. Sistema de responsabilidad médica. 1ª edic. Granada. Edit. Comares. 1997. Pág.154.

paciente por razones de piedad, cuestión que si ha sido abordada en el pasado por las normas deontológicas, aunque con limitaciones⁽⁷⁰⁾:

En beneficio del paciente puede ser oportuno no comunicarle inmediatamente un pronóstico muy grave, aunque esta actitud debe considerarse excepcional con el fin de salvaguardar el derecho del paciente a decidir sobre su futuro

La actual redacción del Código de Ética y Deontología elimina esta posibilidad que entronca con la tradición más puramente paternalista de la ética médica, optando por una redacción más acorde con la consideración del paciente, en principio, como una persona autónoma, capaz de tomar sus propias decisiones⁽⁷¹⁾:

Los pacientes tienen derecho a recibir información sobre su enfermedad y el médico debe esforzarse en dársela con delicadeza y de manera que pueda comprenderla. Respetará la decisión del paciente de no ser informado y comunicará entonces los extremos oportunos al familiar o allegado que haya designado para tal fin.

Ahora bien, el derecho a estar informado no incluiría los datos subjetivos anotados por el médico en la historia clínica. En este sentido la discusión se plantea en términos de propiedad de la historia clínica, tema sobre el que más adelante se volverá a incidir.

(70) El anterior Código de Ética y Deontología Médica, en su artículo 11.5 recogía este supuesto.

(71) Código de Ética y Deontología Médica, artículo 10.1.

Cuestión diferente, y que puede ser fuente importante de conflictos, es la relativa a la revelación de secretos a los familiares. La Ley General de Sanidad, al hablar del derecho a la información, designa como titulares de este derecho *al paciente y a sus familiares o allegados*, sin que establezca preferencia entre el primero y los últimos.

De acuerdo con esto, y de conformidad también con lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, que determina la inexistencia de intromisión ilegítima cuando la comunicación de información esté expresamente autorizada, podría afirmarse que no existe vulneración del deber de secreto cuando se informa a los familiares o allegados del paciente sobre su proceso. Las consecuencias que se derivan de esta cuestión son ciertamente complejas, y, sin entrar en el casuismo, podrían plantearse algunos supuestos que lo ponen de manifiesto. Así, por ejemplo, cabría entender que el facultativo del centro de planificación familiar está obligado a informar a los padres de la consulta que su hijo adolescente le haya hecho; también a la esposa que pregunta al especialista en urología por la consulta realizada por su esposo, y así un largo etcétera.

Es indudable que la actual regulación en materia de información y de secreto no protege de manera adecuada la intimidad de las personas, dando por supuesto la existencia de unos lazos familiares sólidos que se cimientan en la confianza entre parientes, lo cual es cada vez menos frecuente en nuestra sociedad. Por ello, parece prudente aconsejar al profesional sanitario que averigüe si su paciente desea que alguna información sobre su proceso sea revelada a sus familiares o allegados, y en caso de que no sea sí, que respete su decisión.

B) Dado que el secreto protege un bien individual, cualquier otro interés superior que afecte al bien general habrá de ser tenido en cuenta como posible limitación a la obligación de sigilo. Tal es el supuesto de las enfermedades infecciosas, que también son límites al secreto profesional, en la medida en que su comunicación a las autoridades sanitarias se hace obligatoria en atención a la necesidad de proteger al resto de la población, como ya se mencionó con anterioridad. Aún así, primando el bien común, la comunicación de datos sobre el paciente ha de ser aquella -y de hecho lo es- que sea estrictamente necesaria para garantizar una protección eficaz a la población o para realizar las correspondientes encuestas sanitarias.

Incluye algún autor⁽⁷²⁾ como límite al secreto en aras al bien común, la revelación de datos con fines investigadores o docentes, cuestión que merece ser considerada. Así, es obvio que los profesionales sanitarios no facultativos que trabajan junto a este deben estar al tanto de los datos clínicos del paciente, teniendo, por tanto, acceso a su historial médico, para poder desarrollar su trabajo adecuadamente. Sin embargo, tal cuestión no resulta tan diáfana cuando se trata de estudiantes en prácticas, ya sea de medicina, ya de enfermería, ya auxiliares de clínica.

Es práctica habitual en los centros sanitarios que los alumnos en formación tengan acceso a los datos médicos de los pacientes que se les asignan, bien a través de la historia clínica, bien por comunicación directa del profesor responsable, que habitualmente es un profesional del centro en cuestión. La pregunta que puede

(72) Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. Sistema de responsabilidad civil. Opus cit. Págs 154 y ss.

formularse es si estos alumnos en prácticas se encuentran obligados por el secreto profesional.

En una conceptualización estricta del secreto profesional la respuesta habría de ser necesariamente negativa; en este sentido, el Código de Ética y Deontología Médica establece que el secreto es inherente al ejercicio profesional y que obliga a todos los médicos, pero nada se dice respecto a aquellos que se encuentran en período de formación. Desde el punto de vista jurídico tampoco se arroja una respuesta clara a esta cuestión; así, podría plantearse la interpretación analógica del artículo 199 del Código Penal:

1. El que revelare secretos ajenos, de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o de sus relaciones laborales, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Se puede afirmar que una interpretación analógica o extensiva, como sería la del supuesto planteado, vulnera claramente el principio de legalidad, ya que el estudio y la condición de estudiante no es una acepción más del término *oficio* o del concepto *relaciones laborales*. Otro tanto podría decirse respecto al apartado 2 del mismo artículo:

2. El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva divulgue los secretos de otra persona, será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años.

Tampoco se incluye, obviamente, al estudiante de medicina en ninguna de las posibles acepciones del término *profesional*. Resolver este tipo de supuestos no es sencillo; resulta evidente la conveniencia de la formación práctica del futuro médico⁽⁷³⁾, pero la intimidad de las personas es un valor de orden superior. Hasta ahora, la solución más utilizada ha sido dar por sentado que el alumno no va a transmitir información alguna acerca del paciente o que si lo hace, o bien esta no es relevante, o bien no tiene trascendencia pública, con lo cual el paciente nunca llegará a saber que determinados datos suyos han sido desvelados. En cualquier caso, lo que se trata de poner de manifiesto es la dificultad de protección de la intimidad del paciente, en los supuestos analizados, dentro del ámbito penal. No obstante, si cabría su protección civil a través del artículo 7.3 de la Ley 1/ 1982:

La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Dos son los supuestos de hecho que contempla la norma, a saber:

- a) La divulgación de hechos que por sus características puedan afectar a la reputación y al buen nombre del afectado o de su familia.
- b) La revelación o publicación de toda clase de hechos que hayan sido conocidos a través de la lectura de cartas, memorias u otros escritos personales.

(73) Recuérdese la *klínika* hipocrática.

El primero de los supuestos se refiere a hechos que puestos en conocimiento del público en general, pudieran afectar al honor de las personas, no requiriéndose un medio especial para ser conocidos; es decir, lo que define el supuesto es el tipo de hechos a que se refiere. Tal podría ser el caso de la comunicación de un diagnóstico de cierto tipo de enfermedades infecciosas.

El segundo de ellos se define por el soporte en el que se encuentra la información ilegítimamente divulgada; se ha de tratar, en todo caso, de un soporte escrito. La duda que plantea la aplicación de este segundo supuesto a la vulneración del secreto por parte del estudiante, es la condición de *personales* que han de reunir los escritos en cuestión, es decir, solo sería de aplicación si se pudiera admitir la condición de documento personal de la historia clínica, lo cual plantea algunos problemas, ya que aún cuando los datos que contiene son personales -están referidos a una persona- se trata de un documento de carácter técnico-científico.

En definitiva, se pone de manifiesto la existencia de un vacío normativo en esta materia que requiere ser adecuadamente tratado. Podría ser una posible solución la obtención del consentimiento del paciente para que sus datos clínicos fueran conocidos por los estudiantes, dando entrada, de esta forma, a la excepción del artículo 2.2 de la Ley 1/1982:

No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Sin embargo, esta solución somete a un alea la docencia práctica de las profesiones sanitarias, ya que la *disponibilidad de casos* estaría en función del consentimiento de los pacientes. Por ello, parece más acertado que los centros sanitarios en los cuales se imparte docencia práctica implanten un documento por el cual el alumno se comprometa a no revelar ninguna información referida a pacientes obtenida con motivo de su aprendizaje.

En esta línea, ha sido puesto de manifiesto por **FERNÁNDEZ HIERRO**⁽⁷⁴⁾ la discusión doctrinal acerca de si el enfermo puede o no liberar al médico de la obligación de guardar secreto. Si el secreto médico se entiende desarrollado para la protección del paciente, parece razonable que éste pueda disponer libremente de él, ya que se estima que no se trata de un derecho irrenunciable.

En todo caso habría que garantizar que la renuncia no está sujeta a ningún tipo de coacción externa -de profesionales sanitarios, familiares- o interna -la propia situación de inseguridad por causa de enfermedad, el temor a no ser capaz de tomar la decisión más acertada, etc.-. En definitiva se trata de verificar, al igual que ocurre con el consentimiento prestado por el paciente para ser tratado médicamente, que de manera libre y consciente el paciente accede a que sus datos sean desvelados.

Podría apoyar esta tesis el apartado 4º del artículo 10 de la Ley General de Sanidad, en su párrafo final, en el cual, hablando de la obligación del profesional de

(74) FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. Sistema de responsabilidad médica. Opus cit. Pág. 157.

advertir al paciente sobre el uso de procedimientos diagnósticos o terapéuticos con fines de investigación, establece:

En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario

Se entiende que el consentimiento que el paciente presta está referido no solo a su participación en el estudio, sino, que es extensivo a la pública exposición de los hallazgos del mismo, es decir, el paciente consiente su plena participación en la investigación y esta conlleva, necesariamente la publicación y difusión de los resultados, sin perjuicio de los establecido en la Ley del Medicamento y disposiciones complementarias, que en materia de ensayos clínicos establecen la posibilidad de que el paciente retire su consentimiento en cualquier momento de la investigación sin ninguna consecuencia para él.

Sin embargo, en los supuestos de difusión de datos con fines docentes, a diferencia de lo que ocurre en materia de investigación, estos están vinculados a una identidad personal determinada, concreta, por lo que el consentimiento que en este caso el paciente prestaría al centro docente debe incluir el desvelamiento de su identidad⁽⁷⁵⁾.

(75) Las historias clínicas analizadas en el curso de una investigación médica se convierten en casos, con independencia de cuál sea el soporte personal de los mismos, ya que lo que interesa son los datos, no la persona o personas que los aporta. En materia docente, lo que se da al alumno son datos vinculados a una persona concreta con el objeto de que le preste sus cuidados o le realice una exploración física o trate de llegar a un juicio diagnóstico, o cualquier otra cosa que se pretenda enseñar.

C) Un tema especialmente problemático a lo largo de los tiempos -especialmente tras el incremento de demandas por supuestas negligencias médicas- es el relativo a la obligación del médico de colaborar con la justicia, levantando el secreto profesional. En este sentido, tres son las cuestiones a considerar, a saber:

- 1º. No se entenderá que existe vulneración del secreto si el propio paciente, en la persona de su representante legal solicita una determinada prueba cuya presentación conlleva la revelación de datos médicos del mismo. En este caso la cuestión se sitúa en el supuesto planteado en el apartado anterior, estimándose que no debe existir negativa por parte del médico a revelar dichos datos, no vulnerándose el secreto profesional por ello, sino que se está dando cumplimiento al derecho fundamental a obtener la tutela efectiva de los tribunales y jueces, tal como recoge el artículo 24.1 de la Constitución.

En esta misma línea, la Sentencia de 20 de marzo de 1997 (Arz. 2184) de la que fue ponente **VILLAGÓMEZ RODIL**, afirma el derecho del paciente a que sus datos médicos sean entregados cuando son solicitados como prueba, convirtiéndose este derecho en una obligación para el profesional que tiene por objeto poner en condiciones de igualdad -si ello es posible- la capacidad probatoria de las partes:

Se presenta muy difícil y a veces muy impeditiva en los procesos como el presente, en los que resulta que se da una mejor posición probatoria de los facultativos y de los centros hospitalarios, tanto por las dificultades con que tropiezan los particulares afectados a la hora de encontrar peritos especializados y neutrales como para acceder a la documentación médica necesaria (historia clínica).

La postura de los profesionales sanitarios, en esta materia, ha sido controvertida. En este sentido, los más extremistas justifican la negativa a entregar la historia clínica con base al derecho constitucional a no declarar contra si mismo⁽⁷⁶⁾. No parece esta una postura debidamente justificada, frente a la cual se puede alegar que se trata de un supuesto de ocultación de pruebas, dado que la historia clínica no es propiedad enteramente del médico, sino también del paciente, el cual tienen derecho a solicitar que se pongan de manifiesto las circunstancias en las que se desarrolló la atención recibida.

La piedra de tropiezo en esta discusión es precisamente la atribución de propiedad de la historia clínica. Así, existe un sector que estima que la historia, o al menos los datos que ésta contienen son propiedad del paciente, en la medida en que sin la intervención de éste no habría sido posible la elaboración de la citada información clínica.

Otros, especialmente los profesionales, sostienen que la historia es propiedad exclusiva del médico, estando protegida por las leyes de propiedad intelectual, apoyando esta tesis en la indudable carga científico-intelectual que tienen algunos de sus contenidos, como son diagnóstico, pronóstico, tratamiento y otras observaciones realizadas por el profesional. Frente a este argumento se alega que tales aportaciones no tienen el carácter de creación

(76) Planteaba Roberto Cantero en una entrevista que le fue realizada por *Diario Médico* el 15 de julio de 1997 esta hipótesis: "La base esencial para imputar una responsabilidad penal al médico es la historias. Si ésta se convierte en el único medio para procesar al facultativo equivale a declarar contra si mismo. Esto vulnera la Constitución, lo que ampararía su negativa a aportarla al proceso".

original que requiere el artículo 10.1 de la Ley 22/ 1987 de Propiedad intelectual, ya que no suponen más que la aplicación técnica y científica de aquello que otros antes han descubierto a los datos que el paciente aporta.

ROMEO CASABONA⁽⁷⁷⁾ propone la solución intermedia, entendiendo que la historia clínica contienen tres partes diferenciadas:

- a) Datos relativos a la organización administrativa y económica del centro sanitario donde se presta la asistencia.
- b) Datos identificativos del paciente -básicamente datos de filiación y domicilio- y datos clínicos que aporta el propio paciente, directa o indirectamente.
- c) Datos relativos a los resultados de las exploraciones y pruebas diagnósticas, juicios diagnóstico y pronóstico, prescripción de tratamientos y otras anotaciones de carácter subjetivo realizadas por el médico.

Según el citado autor, sólo estas últimas podrían ser susceptibles de ser consideradas creación científica objeto de propiedad intelectual por parte de un médico o médicos. Sin embargo, desde esta consideración quedará el paciente imposibilitado al acceso a aquellos datos que particularmente le interesasen, cuales son los contenidos en el apartado c), ya que los otros son

(77) ROMEO CASABONA, C.M. "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica". Opus cit. Pág. 14.

públicos y notorios. Por tanto, no parece ésta una solución acertada de cara a garantizar la mencionada igualdad en materia de capacidad probatoria.

- 2º. Cuestión diferente es cuando, en su propio interés, el profesional solicita que se le libere de la obligación de guardar secreto. Este supuesto está previsto en el Código deontológico médico, como ya se señaló anteriormente; sin embargo, debe estimarse que el profesional no está autorizado a revelar más allá de lo estrictamente necesario para probar su buena praxis o cualquier otra cuestión que esté en disputa. En definitiva, el profesional podría explicar el procedimiento diagnóstico o terapéutico seguido en este caso, pero no está autorizado a comunicar sus resultados si no cuenta con la autorización del paciente. En la línea expuesta, LLAMAS POMBO⁽⁷⁸⁾ afirma que no todas las causas son *legítimas* para vulnerar el deber de guardar secreto:

Mas dudoso resulta el caso en el que el médico viola el secreto profesional revelando los actos y tratamientos realizados, de lo que puede decirse fácilmente el mal que afecta al paciente, para justificar o establecer el montante de sus honorarios.

En conclusión, se trata de que la causa por la que un médico vulnera el secreto de su paciente en su propio interés esté ligada a la imposibilidad de procurar su defensa por otro medio diferente, y nunca por razones exclusivamente pecuniarias.

(78) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Opus cit. Pág. 281.

3º. Finalmente cabe plantear la posibilidad de vulnerar el secreto cuando de ello se pueda derivar dejar impune un determinado delito. La Ley de Enjuiciamiento Criminal establece la obligación general de los ciudadanos de denunciar los delitos que lleguen a su conocimiento (artículo 259), obligación que se vuelve específica en el artículo 262 para los *Profesores de Medicina, Cirugía o Farmacia*. Para el supuesto de los malos tratos a menores y a mujeres, por ejemplo, la mayor parte de los centros sanitarios han elaborado protocolos de atención que incluyen la denuncia a la autoridad competente, en unos casos Servicios Sociales, y, en otros, el Ministerio Fiscal. Parece evidente que el riesgo que estas situaciones suponen para la vida, la salud y la integridad física de las personas son causa suficiente para vulnerar el secreto y prevalecerá frente a éste.

También dentro de este tercer supuesto, cabría hacer mención de aquellas situaciones en las que el médico es llamado a testificar o instado a entregar una historia clínica por el juez que desea verificar la competencia del sujeto en el momento de cometer un determinado acto delictivo. Este tipo de situaciones es especialmente frecuente en el ámbito de la psiquiatría. Con motivo del II Encuentro sobre responsabilidad civil y penal de los médicos, celebrado en abril de 1998, el psiquiatra y presidente del Comité Asistencial de Ética del Hospital La Princesa de Madrid, Jesús González Cajal, afirmaba que, a su juicio, resultaba perfectamente legal no entregar al juez la historia clínica del paciente completa, sino sólo aquello que exactamente se pide, excepto en los supuestos en que se solicite por escrito la totalidad del historial.

En el mismo evento se pronunció el magistrado José María Álvarez Cienfuegos, afirmando la necesidad de dar una regulación más actual al *indiscutido derecho* de la autoridad judicial a acceder a la información clínica de una persona, llegando a sugerir la posibilidad de que una futura reforma legislativa prevea que el examen y debate sobre la información clínica documental se celebre en vista reservada entre el juez y las partes.

Resulta evidente que no todos los procedimientos requieren datos clínicos completos del paciente, por lo que es razonable plantear la conveniencia de que la solicitud de la historia clínica esté debidamente razonada y se expliciten claramente los datos que se necesitan, de tal manera que se puedan compatibilizar el normal desarrollo de un proceso judicial con el derecho a la intimidad, que, como norma general, es prevalente, salvo que estén en juego intereses generales.

Ahora bien, no es suficiente con una solicitud motivada para estimar que el médico queda relevado de su deber de guardar secreto, sino que esta exoneración debe ser realizada de manera explícita; es decir, el médico debe solicitar del juez que le libere de su obligación de secreto y, a partir de ahí, estará en las debidas condiciones para hacer entrega a la autoridad judicial de los datos del paciente que sean pertinentes. Esta cuestión no resulta baladí por cuanto no siempre los pacientes estarán de acuerdo con que se manifiesten su datos clínicos⁽⁷⁹⁾, y no se debe poner al profesional en la

(79) El ejemplo más sencillo es el del conductor que maneja su vehículo bajo la influencia del algún tipo de medicamento que disminuye su capacidad de atención y concentración y que

tesitura de tener que elegir entre dos tipos de responsabilidad: la que se derivaría de su negativa a colaborar con la justicia, en el caso de no querer entregar la historia clínica; o aquella otra fruto de la vulneración del secreto profesional.

13.1.3.1.b) Tratamiento automatizado de datos.

En íntima relación con lo expuesto se encuentra la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, sobre Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal, la cual hace mención a los datos relativos a la salud en los artículos 8 al 11. Esta normativa da solución a algunos de los problemas planteados anteriormente, pero sólo para el supuesto de que los datos a proteger se encuentren en soporte informático. Así, algunas de las cuestiones que deben ser destacadas son las siguientes:

a) La Ley autoriza a centros e instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas, y también a los profesionales a proceder al tratamiento automatizado de los datos relativos a la salud de las personas que acudan a ellos o vayan a ser tratadas en los mismos; es decir, implica no solo las relaciones que se establecen entre el usuario y los profesionales y centros con la intención de recibir una determinada terapéutica, sino cualquier otra relación que pudiera establecerse con distinta finalidad.

b) Se conmina al responsable de los datos a establecer las medidas de seguridad que sean precisas para proteger adecuadamente los mismos de la manipulación y/o el

ocasiona daños a otras personas o bienes.

conocimiento de personas no autorizadas, hasta el punto que no se permite el tratamiento automatizado de los datos en aquellos casos en que no se pueda garantizar debidamente la seguridad de los mismos.

c) Se establece la obligación de guardar secreto para el responsable del fichero y para todos aquellos que intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos, manteniéndose esta obligación *aún después de finalizar sus relación con el titular del fichero automatizado o con el responsable del mismo*. De esta forma, quedan amparados por el secreto aquellos datos que los estudiantes de profesiones sanitarias puedan manejar durante su período de formación; ahora bien, no debe olvidarse que esta regulación sólo afecta a aquellos datos que se encuentran en soporte informático, y no a los que usan soporte convencional.

d) Para la cesión de los datos se precisa, de una parte, el previo consentimiento del afectado, y de otra que la cesión esté relacionada con fines legítimos del cedente y del cesionario; esto es, se estima que por encima del interés del propio sujeto en proteger sus datos, existe un interés superior que implica que, aún contando con el consentimiento del afectado, los datos no puedan ser cedidos si los fines perseguidos no son legítimos.

Las excepciones a la obligación de obtener el previo consentimiento se regulan en el artículo 11.2:

- Por mandato legal.

-
- Cuando la cesión responda a una relación jurídica legítimamente establecida que requiera de la transmisión de esos datos. Tal podría ser el supuesto del médico en el ejercicio privado de su profesión que requiere los servicios de otros profesionales para que cooperen en el diagnóstico o tratamiento de su paciente⁽⁸⁰⁾.

 - Cuando se trate de datos recogidos de fuentes accesibles al público, como ocurre con los boletines epidemiológicos u otras publicaciones medico-sanitarias.

 - Cuando la cesión se produzca entre administraciones públicas.

 - Por razones de urgencia o para realizar estudios epidemiológicos en los términos establecidos en el artículo 8 de la Ley General de Sanidad.

 - Cuando la cesión tenga por destinatario *el Defensor del Pueblo, el Ministerio Fiscal o los Jueces o Tribunales, en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas*. Se acaba así, parcialmente, con la discusión antes planteada respecto a la obligación o no de entregar la historia clínica. Cabe interpretar del propio espíritu de la Ley y de la concreta redacción del

(80) De todas formas, en este supuesto de excepción al consentimiento cabría plantear que más que una excepción en sentido estricto, se trata de que el inicial consentimiento prestado por el paciente alcanza o tiene efectos sobre aquellas necesarias cesiones o transmisiones que deba hacer el médico a otros profesionales para completar el servicio prestado. Piénsese, por ejemplo, en el médico rehabilitador que prescribe fisioterapia a su paciente, que necesariamente deberá informar al centro o profesional que se vaya a ocupar de la fisioterapia de aquellos datos que sean necesarios para la aplicación correcta del tratamiento.

artículo 11, que al solicitar únicamente el consentimiento del paciente se estima que éste es el único que tiene derecho a disponer de ella, sin más excepciones que las previstas en la norma, sin que se haga mención expresa o tácita de la obtención del consentimiento del profesional que ha recogido y procesado los datos, aún cuando ese procesamiento implique una actividad intelectual por parte de quien lo realiza. Sin embargo, hay que considerar la aplicación limitada de este supuesto a aquellos datos que se encuentran en soporte informático.

Aún de una manera más específica, aborda esta cuestión la Recomendación R (97) 5, de 13 de febrero de 1997, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre Protección de Datos Médicos, la cual define tres tipos de datos objeto de protección:

-La expresión “datos personales” abarca cualquier información relativa a un individuo identificado e identificable. Un individuo no se considerará “identificable” si la identificación requiere una cantidad de tiempo y medios no razonables. En los casos en que el individuo no sea identificable, los datos son denominados anónimos

- La expresión “datos médicos” se refiere a todos los datos personales relativos a la salud del individuo . Se refiere también a los datos que tengan una clara y estrecha relación con la salud y los datos genéticos;

-la expresión “datos genéticos” se refiere a todos los datos, cualquiera que sea su clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón hereditario de tales características dentro de un grupo de individuos emparentados.

También se refiere a todos los datos sobre cualquier información genética que el individuo porte (genes) y a los datos de la línea genética relativos a cualquier aspecto de la salud o la enfermedad, ya se presente con características identificables o no.

Estas definiciones no resultan vanas en la medida en que colaboran a delimitar cuales son los datos que quedan protegidos por la Recomendación, amén de que puedan servir de referente en marcos distintos al de la norma. Así, resulta particularmente interesante los criterios para estimar la identificabilidad del individuo, de manera que no es preciso que bajo ninguna circunstancia se puedan atribuir ciertos datos a un determinado sujeto, siendo suficiente con que tal atribución requieran un esfuerzo que se considera *desproporcionado*.

Esta cuestión, si bien se estima necesaria al objeto de establecer unos límites razonables a lo que deban ser datos protegidos -también han sido denominados como datos sensibles- plantea el problema de su falta de concreción: ¿cuál es el límite de lo razonable?. En cualquier caso, es un válido intento para delimitar la esfera de información protegida.

En sentido contrario, se observa como la expresión *datos médicos* engloba no solo los referidos estrictamente a la salud del sujeto, sino también aquellos que pudieran guardar relación con la misma. En este sentido, quedaría dentro del ámbito de protección aquellos datos relativos al estilo de vida, hábitos sexuales y algunos otros en cuanto guardan relación directa con la salud de los sujetos.

Igualmente, en materia de *datos genéticos* entiende la Recomendación que la protección debe ser aún mayor, lo cual, por otro lado, es propio del gran avance que

se ha producido en el conocimiento de genoma o mapa genético de los seres humanos, así como de las posibles aplicaciones, de todo orden, que esto puede tener. Por ello, la protección de los datos genéticos abarca la práctica totalidad de la información referida a los mismos, tanto del sujeto como de sus parientes.

En cuanto a su ámbito de aplicación, la Recomendación la circunscribe a los datos automatizados, aunque permite, si así lo disponen los Estados miembros, que los principios que recoge se puedan aplicar a datos médicos que no hayan sido procesados de forma automatizada.

Otra cuestión de interés es la relativa a quien está facultado a recoger datos médicos. Hasta ahora, además de a los profesionales sanitarios, se autorizaba a otros operadores a recoger los datos, quedando sujetos al secreto profesional. La Recomendación, en principio, sólo autoriza a recoger y procesar los datos a los citados profesionales sanitarios, y excepcionalmente a *individuos u órganos que trabajen en representación de ellos*.

La duda que plantea esta redacción es si esa representación lo es desde el punto de vista legal, o si simplemente se trata de un modo coloquial de expresar que el operador no sanitario está cumpliendo órdenes de un médico, como ocurriría con los técnicos informáticos y/o con los profesionales que, en determinados casos, colaboran en el procesamiento de datos para obtener estadísticas, especialmente en materia de investigación o información epidemiológica. Parece que lo más acertado es considerar este último supuesto como el querido por la norma, dadas las características del trabajo y del propio medio sanitario.

Para proceder a la recogida y procesamiento de los datos se requiere el consentimiento del sujeto, que debe ser libre, expreso e informado, permitiéndose el acceso del mismo a sus datos médicos, con las únicas excepciones de que afecte a la seguridad del Estado, cause un serio daño a la salud del afectado⁽⁸¹⁾ o la información afecte también a terceros cuya intimidad es preciso proteger. De igual forma se permite al afectado solicitar la rectificación de los datos erróneos referidos a su persona.

También destaca en la Recomendación la especial referencia a la protección de datos de los no nacidos y que se hacía necesaria en un momento en que la información genética que se posee del no nato permite predecir qué enfermedades tendrá, junto a otra multitud de características. Igualmente, se concede una gran protección a los datos genéticos, exigiéndose la creación de una ley específica para autorizar y determinar el modo en que deben ser procesados esos datos genéticos cuya finalidad sea emplearlos en una investigación judicial.

En materia de conservación de los datos, se establece que los mismos no se deben mantener más tiempo de aquel que sea necesario para alcanzar el propósito para el que se obtuvieron. Esta cuestión puede plantear algunos problemas, ya que en determinados supuestos puede resultar relativamente sencillo dar por finalizada la acción o conjunto de acciones que motivaron la recogida y procesamiento de los datos, como ocurre en los casos en que la finalidad fuera llevar a cabo una investigación; obviamente, cuando esta concluye, se puede afirmar, como norma general, que los datos ya no van a ser necesarios; pero cuando la obtención de datos responde a un fin

(81) Parece éste un supuesto de lo que se ha denominado *privilegio terapéutico*.

diagnóstico o terapéutico, habrá que tener en cuenta si se trata de una enfermedad aguda o crónica, resultando en este último supuesto prácticamente imposible determinar cuando deben ser destruidos los datos porque ya no se vayan a necesitar. La mayor parte de las veces, el archivo se mantendrá hasta que se produzca el alta o fallecimiento del paciente.

También en materia de conservación destaca la excepción contemplada por la Recomendación que atiende a mantener el archivo siempre y cuando los datos puedan ser necesitados por los profesionales, operadores o jefes de archivo en razón a su defensa en el ejercicio de una reclamación legal, sin que se establezca ningún límite al tiempo de su conservación. Se trata, en consecuencia, de un uso privilegiado de los datos por parte de las personas señaladas que alcanza, no sólo su conservación en el tiempo, sino también la posibilidad de uso, que no requiere el consentimiento del paciente. Asimismo, hay que entender que esa necesidad de usar los datos es conocida por las personas autorizadas antes de que se produzca el alta o el fallecimiento de aquél, ya que es en este momento cuando, normalmente, serán destruidos los datos.

La investigación científica tiene un tratamiento individualizado indicándose la conveniencia de que los datos usados con estos fines sean anónimos, pero permitiendo el uso de datos personales cuando no fuera posible llevar a cabo un determinado proyecto sin dar a conocer esos datos y siempre que sus fines fueran legítimos. Obviamente, ha de entenderse que la legitimidad de los fines vendría determinada, principalmente, por tratarse de un interés superior al de la intimidad del sujeto del que proceden los datos en cuestión.

Aún así, se establecen unos requisitos que deben ser cumplidos para proceder a la publicación de los datos tales como el consentimiento del afectado o de su representante legal para usar los datos con fines de investigación, o, en su caso, la autorización del órgano designado por la ley nacional. En este último caso, se requiere un consentimiento presunto del titular de los datos -no se debe haber opuesto expresamente a la revelación de los datos-, así como que, o bien el interés del proyecto justifique la autorización, o bien se trate de una medida necesaria por razones de salud pública.

Finalmente, hace mención la Recomendación de los flujos transfronterizos de datos, los cuales permite siempre que existan medidas que garanticen una protección adecuadas de los mismos.

También el Código de Ética y Deontología Médica se ocupa de los datos informatizados en su artículo 17, señalando, entre otras cuestiones, que los bancos de datos sanitarios estarán bajo la responsabilidad de un médico, cuestión que es difícil materializar fuera del ámbito de la sanidad privada individual, por cuanto que corresponderá al gestor de los centros sanitarios públicos o privados decidir si el jefe de archivo será un profesional de la medicina u otro con una mayor cualificación en el manejo de aquél.

En nuestro País, durante un largo periodo de tiempo no se dio paso al desarrollo reglamentario previsto por la Ley Orgánica 5/1992 de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos que tenía por finalidad establecer los niveles de protección y las medidas de seguridad necesarias para hacer efectivo aquél, acometiéndose

soluciones sectoriales una vez que se detectaban las fugas de información o los defectos del sistema de archivos, en general.

En este sentido, la Agencia de Protección de Datos realizó durante 1996 una inspección en seis centros sanitarios del INSALUD, detectándose importantes lagunas en el control de los datos clínicos de los pacientes. Con el objeto de mejorar la situación, la institución afectada dictó la circular número 9/97, de 9 de julio, sobre protección de datos. Cabe destacar de esta norma interna su intento de establecer un férreo control en materia de acceso y procesamiento de datos, tanto los referidos a su personal como los clínicos de los pacientes, incluyendo los no automatizados.

Plantea la circular la asignación a los posibles usuarios del sistema de niveles de acceso bien definidos, teniendo entrada mediante una contraseña que ha de ser cambiada periódicamente y estableciéndose ficheros de usuarios en el que consten sus datos identificativos, su contraseña, los accesos autorizados y los motivos de tal autorización. A partir de aquí cada usuario adquiere el compromiso de utilizar la información a la que tiene acceso exclusivamente para los fines para los que ha sido autorizado, a la vez que se responsabiliza de todos los accesos que se hagan mediante el uso de su contraseña personal. También se establecen controles de acceso a los locales donde se encuentren los ordenadores o las terminales para el personal, manteniéndose un especial cuidado con aquellos ordenadores que estén situados en lugares de atención al público.

En definitiva, se trata de un conjunto de medidas de carácter práctico que pretenden dar un paso más allá en la protección de la intimidad del paciente, que corre un riesgo frecuente de ser vulnerada de manera especial en los grandes centros

sanitarios, donde existe un gran número de personas que transitan por las zonas donde se encuentran los ordenadores que contienen datos clínicos.

Así, es corriente que en las unidades de hospitalización donde están informatizadas las historias clínicas, la terminal suele situarse en la zona denominada *control de enfermería*, que, generalmente, es, a la vez, punto de información y de cita obligada para todo el que entra y sale de dicha unidad, con lo cual, si las pantallas están abiertas y orientadas al público, con los datos de identificación del paciente expuestos, es más que probable que cualquiera pueda leerlos. En este sentido, la circular no ha hecho más que recoger aquellos supuestos que configuran la práctica cotidiana en los centros sanitarios públicos para tratar de corregir las fugas de información que se puedan producir, aún sin la intención de los profesionales sanitarios, sólo por desconocimiento o descuido.

Completando este marco normativo, el 11 de junio de 1999 se aprueba el esperado Reglamento de Medidas de Seguridad de los Ficheros Automatizados. en el cual, además de otra serie de cuestiones se equiparan los datos de salud a otros datos altamente sensibles, como los relativos a creencias, ideologías, religión, etc., otorgándosele un nivel alto de protección, lo que implica que junto a las medidas generales de acceso restringido, control de usuarios, uso de contraseñas, y otras, se establecen las siguientes:

- En cada acceso se guardarán, como mínimo, la identificación del usuario, la fecha y la hora, el fichero accedido, el tipo de acceso y si ha sido autorizado o denegado.

-
- Si el acceso ha sido autorizado se guardará la información que permita identificar el registro accedido.

 - Todos los mecanismos de seguridad mencionados estarán bajo el control directo del responsable de seguridad, que es la persona designada por el responsable del fichero y encargada de velar que las medidas se cumplen, debiendo revisar periódicamente la información registrada y elaborar un informe, en el que se manifiesten los problemas detectados, al menos una vez al mes.

 - El período mínimo de conservación de los registros realizados será de dos años.

Por último, y por lo que se refiere al valor probatorio en juicio de las historias clínicas informatizadas, junto a la seguridad de los accesos, otro de los problemas existentes era el relativo a la autenticidad de los datos del usuario. Esta cuestión queda resuelta tras la publicación del Real Decreto-ley 14/1999, que regula la llamada *firma electrónica avanzada*, la cual tiene plena validez -idéntica a la firma manuscrita- siempre que esté avalada por un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma.

A los efectos señalados se entiende por *avanzada* aquella firma electrónica que permite la identificación del signatario y haya sido creada por medios que éste mantiene bajo su exclusivo control, de manera que cualquier modificación ulterior de los datos vinculados a esta forma puede ser detectada -es lo que se ha denominado como *rastros electrónicos*-.

En cambio, respecto a la llamada *firma electrónica* sin más -conjunto de datos utilizados como medio para identificar formalmente al autor o autores del documento que la recoge- la norma prevé que no será excluida como prueba en juicio, aunque su valor será modulado por el juez junto con los demás indicios que obren en autos.

A la luz de lo expuesto, se puede afirmar que las nuevas tecnologías están dibujando un nuevo modo de hacer y ejercer las profesiones sanitarias que requiere de un también nuevo abordaje jurídico de las cuestiones que se suscitan, que permitan dar soluciones a los problemas planteados y que sirvan de clara guía de comportamiento profesional para aquellos que se ocupan del ejercicio de la Medicina.

13.1.3.2. La emisión de certificados.

El deber de certificar puede ser entendido como una prolongación del deber de informar, donde no sólo se da conocimiento de la situación del paciente, sino que además se afirma de manera indubitada que los datos referidos a esa situación son ciertos. De esta forma, la emisión de certificados se configura como un deber más allá de lo que representa la información escrita, es decir, no se trata solamente de dejar constancia escrita de lo que ya verbalmente conoce el paciente, sino también y principalmente de contar con una verificación por escrito sobre unos hechos que el

médico, por su condición de tal, debe constatar sobre la enfermedad del paciente⁽⁸²⁾. Este parece ser el sentido del artículo 10.8 de la Ley General de Sanidad que establece el derecho del paciente:

A que se le extienda certificado acreditativo de su estado de salud, cuando su exigencia se establezca por una disposición legal o reglamentaria

Cabe entender que si se tratara de la simple información por escrito a que se refiere el apartado 5 del mismo artículo carecería de sentido la repetición de la enunciación de este derecho. No se quiere decir con ello que se trate de un documento que no admita contradicción -lo que resulta obvio, ya que si la situación del paciente demuestra otra cosa distinta a lo que el certificado contiene, primará esta realidad sobre cualquier otra cosa-, pero si debe concederse al certificado un cierto valor probatorio frente a terceros.

Tal ocurre con los certificados de defunción, que se convierten en un elemento necesario para proceder a la inscripción de la misma, o con los de nacimiento; pero no sólo en estos supuestos, sino también en otros más comunes como la acreditación del estado de salud de un paciente para excusar su asistencia al trabajo o el cumplimiento de otras obligaciones.

En cualquier caso, el citado artículo 10.8 de la Ley General de Sanidad parece hacer referencia a un tipo de documento médico que cuenta con una exigencia legal,

(82) Cfr. FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. Sistema de responsabilidad médica. Opus cit. Pág.170 y ss.

de tal manera, que sin ese mandato, quedaría bajo el libre arbitrio del médico la decisión de emitir dicho certificado⁽⁸³⁾. De acuerdo a esto podríamos distinguir dos tipos de documentos médicos que dejan constancia del estado de salud de la persona:

- a) Los informes médicos, que son los documentos resultantes de la obligación de informar por escrito que el médico tiene respecto a su paciente, a lo largo de todo el tratamiento y al alta, de conformidad a lo establecido en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad.
- b) Los certificados médicos, que son los documentos acreditativos del estado de salud del paciente, que se generan, como norma general, a petición del interesado, pero respecto de los cuales la obligación del profesional de la Medicina resulta del imperativo legal, de forma que si este no existe, el médico no viene obligado a emitirlo

En general, los certificados médicos no requieren de una forma especial, salvo, lógicamente, la escrita. No obstante, en función del propósito u objetivo que se persiga con su emisión, estos certificados deberán contener ciertos extremos, como ocurre, por ejemplo, los que se requieren para la inscripción de la defunción⁽⁸⁴⁾.

(83) Así ocurre, por ejemplo con los certificados de defunción, donde por mandato de los artículos 85 de la Ley del Registro Civil y 274 de su Reglamento se establece la obligación del facultativo que asistió al difunto, o, en su caso, al que reconoció al cadáver, de enviar de manera inmediata certificado de defunción al Registro Civil.

(84) El artículo 274 del Reglamento del Registro Civil establece que el parte o certificado de defunción deberá contener, además de los datos personales tanto del difunto, como del propio médico que lo suscribe, la declaración de que existen señales inequívocas de muerte, la causa

En cuanto a la responsabilidad médica que se pudiera derivar de la emisión de certificados, ha sido esta una cuestión que ha preocupado, fundamentalmente, a los penalistas, como bien ha puesto de manifiesto **LLAMAS POMBO**⁽⁸⁵⁾, ya que el incumplimiento de la obligación de certificar, o mejor, el cumplimiento indebido o inadecuado de este puede dar lugar a ciertos delitos de falsificación de documentos; así, el artículo 397 del Código Penal establece:

El facultativo que librare certificado falso será castigado con la pena de multa de tres a doce meses.

La falsedad del certificado puede estimarse atendiendo a dos supuestos; el primero de ellos, cuando el médico acredita un cierto estado del paciente sin haberlo examinado personalmente. El otro supuesto, que podría entenderse como falsedad en sentido estricto, sería aquel que se produce cuando el facultativo, examinando por sí mismo al afectado, hace constar en el documento una realidad distinta a la observada.

En este último caso, y a la luz de la complejidad que reviste el ejercicio de la Medicina, estimar la existencia de falsedad en el certificado por el hecho de no producirse el examen del facultativo *in personam* puede parecer excesivo. La práctica médica actual, especialmente en el ámbito público, exige que no sea un sólo médico el que se ocupe del paciente, sino un equipo profesional que se encuentra plenamente informado de los datos clínicos y terapéuticos del mismo, por lo que cabría pensar que

de la misma, la fecha, hora y lugar en que se produjo la defunción.

(85) LLAMAS POMBO, E. La responsabilidad civil del médico. Opus cit. Pág. 58.

cualquier médico que pertenezca a dicho equipo y tenga acceso a la historia clínica del paciente estaría en condiciones de emitir el correspondiente certificado⁽⁸⁶⁾.

14. LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL.

Ya se ha señalado⁽⁸⁷⁾ que en la responsabilidad extracontractual no existe una específica obligación que ligue al deudor de la prestación con el acreedor de la misma, sino que es la producción de un daño, como resultado de la conducta culpable o negligente de su agente, la que hace nacer la obligación de reparar.

En el ámbito de la responsabilidad médica, y especialmente en las dos últimas décadas, han sido cada vez más frecuentes las demandas por responsabilidad extracontractual. La razón para ello es que cada vez más la Medicina se ejerce en centros sanitarios, privados o públicos, de los que el médico, aunque altamente cualificado, es un trabajador más. De esta forma, es posible encontrar situaciones de asistencia médica en las que no existe ningún tipo de vínculo contractual entre el médico y el paciente al que atiende, incluso más, puede tratarse de una asistencia en la cual ninguna de las partes se han elegido o aceptado mutuamente: el médico ha sido asignado por la organización asistencial a ese paciente, de la misma manera que a éste le ha sido asignado ese concreto facultativo que no ha elegido.

(86) Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 1994 (Arz. 3.931).

(87) Cfr. en este trabajo el epígrafe 9.2.2.1. La responsabilidad extracontractual por hechos propios. Pág. 142.

En este contexto, la aparición de un daño en el paciente, imputable a título de culpa al médico, no puede quedar bajo el paraguas de la responsabilidad generada por el incumplimiento de un contrato, porque éste nunca ha existido entre las partes. Así lo ha hecho notar el Tribunal Supremo desde hace tiempo, como pone de manifiesto la Sentencia de 20 de febrero de 1981 (Arz.564), y de la que fue ponente **GONZÁLEZ ALEGRE**:

[...] sin desconocer la relación entre Seguridad Social y personal a su servicio, en cada centro dependiente de la misma, como no menos entre Seguridad Social y beneficiario de sus diversas prestaciones, entre ellas las atenciones médico sanitarias, lo que no cabe entender y configurar en consecuencia es el que entre estos y el personal se de lugar o se establezca por este hecho o mera circunstancia, variable en todo momento, una relación que lo sea contractual y en su consecuencia, los resultados de cada una de las prestaciones recibidas, si lo son daños por culpa, negligencia, imprudencia del que los presta, no dejara de tener la cualidad de un extraño para el que los sufre, dando lugar a una responsabilidad civil para cuya efectividad habrá de ejercitarse la acción por culpa extracontractual o aquiliana que sanciona el artículo 1902 y en su caso el 1903 del Código Civil.

Lo antedicho no debe hacer pensar que la única diferencia existente entre la responsabilidad contractual y la extracontractual sea la presencia o no de un contrato, y así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo en diversas sentencias, entre las que resulta paradigmática la de 19 de junio de 1984 (Arz.3250), en la que fue ponente **SERENA VELLOSO**, y en la que se estima que no es sólo la existencia material o no del contrato lo que determinará la aparición de uno u otro tipo de responsabilidad, sino su alcance y contenido:

No es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino

que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente la materia del contrato, desplegará aquella sus efectos propios.

En esta Sentencia se señalan hasta nueve diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual -sin que se trate de un catálogo cerrado, pues el magistrado ponente termina su enumeración con un *etcétera*-, entre las cuales destacan las que seguidamente se analizan.

14.1. Diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual en razón de su origen.

Como ya se ha señalado el deber de indemnizar que surge de la infracción de un contrato, nace, precisamente como consecuencia de la existencia de este. Es el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso o con retraso lo que ocasiona el nacimiento para el deudor de la obligación de reparar. Por el contrario, en el ámbito extracontractual, la obligación surge en el momento en que se produce el daño. Conviene, no obstante, hacer algunas matizaciones, respecto a la existencia de una dualidad de sistemas de responsabilidad ya que, según han señalado algunos autores⁽⁸⁸⁾, las diferencias pueden llegar a tener escasa trascendencia:

(88) TRIGO REPRESAS. Unificación de la responsabilidad por daños. Citado por: BLANCO GÓMEZ, J.J. La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. 1ª edic. Madrid. Edit. Dykinson. 1999. Pág.30 y ss.

Si para que exista responsabilidad extracontractual es necesaria la violación de un deber establecido por la ley, y para que exista responsabilidad contractual se requiere que el agente haya contravenido una obligación resultante de un contrato, cabe concluir que las llamadas responsabilidades contractual y extracontractual, tienen idéntica naturaleza

En parecido sentido se pronuncia **YZQUIERDO TOLSADA⁽⁸⁹⁾**, que sostiene la existencia de diversas razones que llevan a la doctrina moderna a proponer el acercamiento entre ambos tipos de responsabilidad, entre las cuales se encuentran las de orden sustantivo:

La existencia de dos regímenes sustancialmente distintos estaría justificada en el seno de una economía poco desarrollada, pero no en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima [...] significa tanto como dejarle indemne [...] no hay razón lógica para proporcionarle soluciones diferentes según que la víctima sea un contratante o un tercero.

En todo caso, habría que valorar como afecta ese distinto origen, a la responsabilidad dimanante de la actividad médica. En este sentido es necesario poner de manifiesto que resulta difícil realizar una tajante diferenciación entre las obligaciones que del contrato de servicios médicos se derivan para el profesional, y cuyo incumplimiento genera responsabilidad, y aquellas que debieron cumplirse como concreción del deber genérico de no dañar que incumbe a todos y también al profesional, en el ejercicio de su actividad, aún cuando no esté vinculado a su paciente por una relación preexistente, y que en el caso de ser vulnerado genera responsabilidad

(89) **IZQUIERDO TOLSADA, M. Responsabilidad civil contractual y extracontractual. 1ª edic. Madrid. Edit. Reus. 1998. Pág. 87.**

extracontractual. Es posible afirmar que en el ámbito del ejercicio profesional de la Medicina el deber genérico de no dañar se concreta en el debido cumplimiento de las obligaciones que incumben al profesional y que ya han sido señaladas.

La obligación de reparar por daño extracontractual en el ámbito médico ha estado especialmente referida a aquellos supuestos en que el trabajo del profesional se desarrolla por cuenta ajena, ya sea en el ámbito privado o en el público. Por lo que respecta al trabajo por cuenta ajena en el marco de una relación de Derecho privado, no se aprecian, en principio, cambios significativos en relación a la obligación de reparar dimanante de un incumplimiento contractual; sin embargo, en virtud de la reforma operada en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, así como en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, se plantea una diferencia fundamental cuando el profesional trabaja para una institución pública, y es la atribución de competencia para conocer del asunto a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin perjuicio de profundizar más adelante en esta cuestión, conviene ahora señalar algunos aspectos de la misma. Así, el artículo 2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, establece:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

[.../...] e) **La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.**

De esta manera, se pone punto final, a pesar de la resistencia de algunos⁽⁹⁰⁾, a la vieja discusión sobre jurisdicciones competentes en materia de pleitos contra la Administración Sanitaria por razón de daños producidos por personal a su servicio.

A mayor abundamiento -y sin perjuicio de un análisis posterior más profundo-, con la clara intención de cerrar definitivamente esta cuestión, la reforma operada en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común en virtud de la Ley 4/1999 de 13 de enero incorpora una disposición adicional señalada como duodécima en la que, por razón de responsabilidad en materia de asistencia sanitaria, establece lo siguiente:

La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

(90) En este sentido se pronunciaba para Diario Médico JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ CIENFUEGOS en julio del 98, para el cual “dada la saturación de la vía contenciosa ... acudir a la vía civil o a la social puede ser una necesidad”.

Resulta evidente que la jurisdicción competente para exigir responsabilidad patrimonial a la Administración sanitaria por los daños producidos por el personal a su servicio es la contenciosa, tratándose de una responsabilidad directa, tal y como establece el artículo 145.1 de la Ley 30/1992:

Para hacer efectiva la responsabilidad patrimonial a que se refiere el Capítulo I de este Título, los particulares exigirán directamente a la Administración Pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios causados por el personal a su servicio.

14.2. Diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual por el grado de culpa exigible.

Se acepta generalmente que para dar lugar al nacimiento de responsabilidad contractual se requiere, al menos, culpa leve, mientras que para la extracontractual es suficiente con una culpa levisima. Así lo señalaba el aforismo romano *in lege Aquilia levissima culpa venit*, y así parece recogerlo también el Código Civil en el artículo 1089 que se refiere a *cualquier género de culpa o negligencia*, amén de haber sido, durante largo tiempo doctrina constante del Tribunal Supremo, tal y como ha sido puesto de manifiesto por CAVANILLAS MÚGICA⁽⁹¹⁾, aunque ha sido sustituido paulatinamente por una cada vez mayor objetivación de la culpa.

(91) CAVANILLAS MÚGICA, S. La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Opus cit. Pág. 55 y ss.

Sin embargo, otros autores, como **LASARTE ÁLVAREZ⁽⁹²⁾**, señalan que la graduación de la culpa no tiene interés en materia de responsabilidad extracontractual:

En efecto, toda vez que el autor del acto ilícito responde siempre del daño, cualquiera que sea el grado de la falta de diligencia que se pueda identificar en el supuesto de hecho, es innecesario resucitar la vieja doctrina de la graduación de la culpa. En tal sentido, parece indudable el sentido que ha de atribuirse al artículo 1089 cuando habla de "... y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervengan *cualquier género de culpa o negligencia*".

Como puede observarse, no es esta una cuestión pacífica desde el punto de vista doctrinal. No obstante, conviene poner de manifiesto que, también en materia de responsabilidad extracontractual médica, el Tribunal Supremo sigue manteniendo esta distinción. Así, la Sentencia de 19 de febrero de 1998 (Arz. 877), de la que fue ponente **FERNÁNDEZ-CID DE TEMES**, en un supuesto de parálisis de pie izquierdo secundaria a intervención quirúrgica, señala la aceptación del principio señalado, *in lege Aquilia levissima culpa venit*:

En esta tesitura, se acoge la Sentencia del Juzgado y su apreciación de culpa aunque fuera levisima [...], bien por realizar la operación de forma rutinaria, ya por no verificarse control, sea por realizar este de modo insuficiente.

En opinión de **CAVANILLAS MÚGICA⁽⁹³⁾**, en el recurso a la culpa levisima lo que hay que ver es una técnica jurisprudencial de extender el ámbito de influencia de

(92) **LASARTE ÁLVAREZ, C.** Principios de Derecho Civil. Vol. 2. Derecho de obligaciones. Opus cit. Pág. 344.

(93) **CAVANILLAS MÚGICA, S.** La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia. Opus cit. Pág. 55 y ss.



la responsabilidad hasta producir su cuasi objetivación. No obstante, como ya se ha manifestado, la apreciación cada vez más objetiva de la responsabilidad tiene difícil cabida en el ámbito del ejercicio de las profesiones sanitarias, y más específicamente, en el ejercicio de la Medicina. Prueba de ello es que no opera en materia de responsabilidad médica extracontractual la inversión de la carga de la prueba, común, por otra parte, en otros sectores de actividad.

Por ello, resulta más aceptable sostener que la exigencia de responsabilidad al médico en los supuestos de culpa leve es acorde con la idea del alto valor del bien jurídico que se trata de proteger -vida, salud o integridad corporal-, lo que exige de su parte un mayor grado de cuidado en su actuar.

14.3. Diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual por la capacidad del obligado:

Este criterio diferencial, que tampoco resulta pacífico, supone la afirmación de que para que nazca una responsabilidad contractual, es necesaria la previa capacidad para obligarse por un contrato, mientras que en los supuestos de responsabilidad contractual, tal capacidad no se requiere. Son diversos los argumentos que se han dado en contra de esta afirmación, y el primero de todos es que no es posible confundir la capacidad para obligarse con la capacidad necesaria para incurrir en responsabilidad contractual.

Como ha dicho CAVANILLAS MÚGICA⁽⁹⁴⁾, con las reglas sobre la capacidad contractual del menor, lo que se persigue es proteger a éste de una captación viciada de su voluntad, mientras que en los supuestos de responsabilidad contractual, la obligación se ha adquirido válidamente a través de los mecanismos que el Derecho provee para ello, originándose la obligación de responder en los casos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso, de la misma forma que nace esta obligación de reparar en los supuestos de ilícitos extracontractuales.

14.4. Responsabilidad contraída por los hechos de los dependientes.

Ya se ha hecho mención, parcialmente a este supuesto. Tal como se apuntaba antes, las obligaciones extracontractuales del médico aparecen generalmente en el marco del trabajo por cuenta ajena, ya sea para una empresa pública o privada. En este último caso, la diferencia más significativa entre ambos regimenes de responsabilidad es que la extracontractual del empresario por hechos de su dependiente admite exoneración, si prueba que obró con la diligencia de un buen padre de familia, y ello debido a que se trata de una responsabilidad vicaria o por sustitución, mientras que en los supuestos de responsabilidad contractual, el empresario no responde en concepto de hechos causados por su dependiente, sino como deudor que utilizó medios inadecuados para satisfacer la obligación.

Cuestión distinta se plantea cuando el trabajo del profesional se desarrolla por cuenta de la empresa pública. En este sentido, y como más adelante se verá, la

(94) CAVANILLAS MÚGICA, S. La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Opus cit. Pág. 48 y ss.

reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo ha introducido cambios significativos en materia de responsabilidad médica.

14.5. La prescripción de acciones en la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El plazo de prescripción de ambos tipos de responsabilidad parece ser la auténtica clave de diferenciación entre ambos tipos de responsabilidad. Así, y en materia de responsabilidad extracontractual, el artículo 1968 del Código Civil establece que prescribe por el transcurso de un año:

La acción para exigir la responsabilidad civil por injuria o calumnia y por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el artículo 1.902, desde que lo supo el agraviado

Por su parte, el artículo 1964 del mismo cuerpo legal prescribe:

La acción hipotecaria prescribe a los veinte años, y las personales que no tengan señalado término especial de prescripción a los quince

De esta manera, se establecen dos distintos plazos de prescripción en función de que se trate de responsabilidad extracontractual, para la cual se fija un año, o de responsabilidad contractual, cuyo plazo de prescripción es de quince años.

Igualmente, es de aplicación el artículo 1969, también del Código Civil, que establece:

El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día que pudieron ejercitarse

Sin embargo, a pesar de la claridad del precepto, el cómputo de los plazos no resulta tan sencillo, especialmente en materia de responsabilidad médica, pues ambos tipos de responsabilidad requieren que el agraviado conozca el alcance del daño. En este sentido el plazo de prescripción no comenzaría a computarse hasta tener certeza del alcance de las lesiones y secuelas consecuencia de la actuación del facultativo. Es así como se pronuncia, entre otras⁽⁹⁵⁾, la Sentencia de 19 de febrero de 1998 (Arz. 877) de la que fue ponente **FERNÁNDEZ-CID DE TEMES**:

Es de destacar que la doctrina legal, sentada por sentencias uniformes y constantes de esta Sala señala al respecto:

1) Que a los efectos de consecuencias derivadas de lesiones, para la fijación del dies a quo del plazo de un acto a los fines de los artículos 1968.2 y 1969 del Código Civil, hay que atenerse al momento en que se conozcan de modo definitivo los efectos del quebranto padecido, según el alta médica,[...], salvo que subsistan secuelas físicas o psíquicas susceptibles de mejora [...], pues que entonces ha de situarse el cómputo inicial del plazo en el momento en que se tenga conocimiento del último estadio del total resultado, pues las series progresivas o que así se creen no pueden fraccionarse y al paciente ha de comunicarsele el diagnóstico irreversible y definitivo del daño causado, sin pretender que lo deduzca como tal cuando conserva esperanzas de mejorar.

(95) Cfr. entre otras, las Sentencias de 22 de marzo y 13 de septiembre de 1985 (Arz. 1197 y Arz. 4259), 21 de abril de 1986 (Arz. 1864), 8 de octubre de 1988 (Arz. 7393), 14 de noviembre de 1991 (Arz. 1632) y 15 de junio de 1998 (Arz. 5054).

2) El instituto de la prescripción ha de interpretarse y aplicarse de modo restrictivo, por basarse en criterios de seguridad jurídica y presunción del abandono del derecho y no en principios de justicia intrínseca [...].

3) Como consecuencia de los puntos anteriores, ha de concluirse [...] que tanto la indeterminación del día inicial como las dudas que sobre el particular puedan surgir no deben resolverse, en principio, en contra de la parte a cuyo favor juega el derecho reclamado.

Como se puede observar, la referida resolución no deja lugar a dudas, y así, debe considerarse doctrina general que el cómputo del plazo juega a favor de la parte perjudicada, en los supuestos en que los daños se prolonguen a través del tiempo o que nos sea posible conocer o valorar de manera inmediata el alcance de las secuelas.

14.6. La carga de la prueba.

La regla general en materia de carga de la prueba está contenida en el artículo 1214 del Código Civil:

Incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

La interpretación de este precepto ha sido diversa, especialmente en el ámbito de la doctrina procesalista. Así, por ejemplo, según ATAZ LÓPEZ⁽⁹⁶⁾ la primera diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual consistiría en que la infracción contractual se presume voluntaria, y es el deudor quien tiene que probar

(96) ATAZ LÓPEZ, J. Los médicos y la responsabilidad civil. Opus cit. Pág. 252 y ss.

el carácter fortuito de la misma; mientras que en los supuestos de responsabilidad extracontractual ha de ser la víctima quien pruebe la culpa del demandado. En parecido sentido se pronuncia MONTES⁽⁹⁷⁾:

Mientras en la responsabilidad extracontractual la culpabilidad del autor del hecho ilícito es elemento constitutivo de una obligación de nueva factura (y de ahí que incumba al dañado la prueba del mismo en cuanto alega que ha tenido lugar el nacimiento a su favor de un derecho al resarcimiento del daño), en la responsabilidad contractual se trata de un originario deudor que no realiza el comportamiento que ya estaba *a priori* establecido y que él sabía con toda nitidez que le incumbía verificar. Parece, pues, lógico que en esta tesitura la carga de la prueba se invierta, se presuma *iuris tantum* la culpa del obligado, y sea éste el que tenga que acreditar cumplidamente su inocencia si quiere evitar la responsabilidad dimanante del incumplimiento.

No obstante, el criterio con mayor consenso⁽⁹⁸⁾ es el que considera que el acreedor tiene la carga de probar los hechos constitutivos de la obligación sobre los que basa su pretensión y, al deudor, por su parte, le corresponde la concurrencia de hechos que extingan, impidan o excluyan de cualquier forma la obligación.

En los casos de responsabilidad médica el supuesto común es que sea el paciente el que alegue el incumplimiento o cumplimiento defectuoso por parte del profesional,

(97) MONTES, C. El incumplimiento de las obligaciones. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1989. Pág. 133.

(98) Cfr. RAMOS MÉNDEZ. Derecho Procesal Civil, I Barcelona. Edit. Bosch. 1990. También SERRA DOMÍNGUEZ “De la prueba de las obligaciones (comentarios al artículo 1214 del CC)” en AAVV. Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, XVI, Vol.2º. Madrid. Edit. Edersa. 1981.

correspondiéndole así el *onus probandi*. En definitiva, como afirma SANTOS BRIZ⁽⁹⁹⁾:

Partiendo de lo afirmado por el artículo 1214, incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. En consecuencia, el perjudicado que reclama la indemnización ha de probar, en cualquier caso, tanto el perjuicio como el hecho del que se derive la obligación de reparar; y este principio es independiente de que la obligación sea contractual o no

Y esto es así, a pesar del fenómeno objetivador apreciado en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, que se inicia en nuestra jurisprudencia en torno a los años cuarenta⁽¹⁰⁰⁾, pero que ha adquirido fuerza en los últimos quince años de una manera especial. Son diversas las Sentencias que establecen la ausencia de desplazamiento hacia el demandado del *onus probandi* en los supuestos de responsabilidad médica. Así, y entre otras, las Sentencias de 12 de julio de 1988 (Arz. 5991); 8 de febrero de 1991 (Arz. 1157); de 21 de febrero de 1992 (Arz. 1419); de 29 de marzo de 1994 (Arz. 2305); 26 de septiembre de 1994 (Arz. 7303); de 21 de enero de 1997 (Arz. 4926), 20 de marzo de 1997 (Arz. 2184), 10 de noviembre de 1997 (Arz. 7868); 19 de febrero de 1998 (Arz. 634).

Precisamente la Sentencia de 16 de diciembre de 1997 (Arz. 8690), y de la que fue ponente MARTÍNEZ-CALCERRADA GÓMEZ, establece de un modo muy completo lo que se viene afirmando:

(99) SANTOS BRIZ, J. Los médicos y la responsabilidad civil. Opus cit. Pág. 254.

(100) Es emblemática, en este sentido, la Sentencia de 10 de julio de 1943 (Arz. 856), que inicia la praxis de la inversión de la carga de la prueba.

En sede de responsabilidad médica, conviene verificar las siguientes precisiones ajustadas a una respetuosa hermenéutica de nuestro Derecho Positivo, en relación con esa cuestionada carga de la prueba:

- 1) Que ante todo conflicto tendente a exigir responsabilidad al autor de una conducta o ilícito, la carga de la prueba prevista en el artículo 1214, es inevitable: El actor o perjudicado debe probar la obligación cuyo cumplimiento se reclama, y el demandado la extinción de esa obligación por su no incumplimiento; en consecuencia, aquel actor habrá de acreditar no sólo la existencia de la obligación, sino que el obligado no la ha cumplido por no actuar adecuadamente en la observancia de la prestación.
- 2) Traslada esa teoría a las clases de responsabilidad contractual como extracontractual -pues en ambas opera- resulta:
 - a) En la contractual, el acreedor o perjudicado que acciona, deberá acreditar la obligación y características de la prestación -si es de hacer o de dar, si es de medios o de resultado- así como el no cumplimiento porque el deudor no ha actuado bajo la observancia de los deberes de esa prestación (artículo 1101 CC), al no concurrir la exoneración del *casus* del artículo 1105 CC, mientras que el deudor puede oponer, previa prueba, el pago o cumplimiento.
 - b) En la extracontractual, ex artículo 1902 CC, el perjudicado o dañado, habrá de acreditar no sólo ese daño -es el subrogado de la obligación precedente- sino la autoría de la conducta dañosa, el nexo causal y la voluntariedad de esa autoría por infringirse deberes generales de prevención o el general *naeminem laedere*; [...]Una jurisprudencia y muy clásica [...] por razones de solidaridad o de justicia social viene defendiendo desde la Sentencia de 10 de julio 1943, que en la extracontractual rige el principio de inversión de la carga de la prueba: o sea al perjudicado que accione le basta con acreditar el daño, del que ya, sin más, resultarán los demás presupuestos de la responsabilidad del autor -acción, culpa o infracción, deberes y nexo-, salvo prueba de no culpa a cargo de éste o demandado.
- 3) En la responsabilidad médica, [...], el mecanismo de prueba de responsabilidad será el acorde con lo antes dicho a propósito de la contractual: el actor o paciente habrá de acreditar, no sólo el daño sino la autoría y relación de causalidad y hasta la

infracción de los deberes profesionales o “lex artis ad hoc”; de ahí que se afirme, desde siempre, que al ser la obligación del médico, la de observar esos deberes asistenciales [...], o sea “los medios para curar” y no el resultado o la curación del paciente (de impredecible previsión hasta el enigma somático o reacción fisiológica del enfermo), no cabe derivar del daño o mal del paciente, sin más, la responsabilidad del médico.

- 4) Por ello, cuando se ubica la responsabilidad del médico en sede extracontractual la jurisprudencia ha sostenido la excepción referida a la inversión del “onus probandi” o el seguimiento de que “al actor le incumbe la prueba”, con lo que, por este camino, se alcanza igual solución a la de la contractual.
- 5) Sostener, sin más, que siempre se presume la culpa del deudor (médico en el caso de autos) en base al artículo 1183 CC no es sino simplificar el problema y desconocer que este artículo sólo se refiere a las obligaciones de dar al incumplirse, entonces, la accesoria de conservar, ex artículo 1094 CC, mientras que en sede de responsabilidad médica, la prestación de hacer o “facere” profesional o medial [...], es inconcusa; sin que tampoco quepa extraer aquel aserto de que en toda clase de obligaciones se presume la culpa del deudor en caso de incumplimiento, ni del artículo 1098, ni del 1099, ni, por supuesto, del artículo 1103 ni del 1104 todos del CC, en especial, a propósito de las obligaciones de hacer en que se enmarca la prestación del médico, porque [...] “desde siempre” el médico se obliga a “procurar la salud o curación -medios-” pero no a la curación efectiva -resultado-; luego sólo cuando en esa procura se demuestre su culpa o falta de diligencia responderá, y claro es, que ese presupuesto entra de lleno en el “onus probandi” del actor o paciente.

Por último, sería innecesario reproducir un sinfín de sentencias de esta Sala en las que se confirma hasta la saciedad que en sede de responsabilidad médica -tanto contractual como en la extracontractual- la culpa así como la relación de causalidad entre el daño o mal del paciente y la actuación médica ha de probarla el paciente [...].

De esta manera se descarta plenamente cualquier intento de objetivación de la responsabilidad extracontractual del médico, en contra de la general tendencia en otros

ámbitos, lo que, por otra parte, es lógica consecuencia de la propia naturaleza de la profesión tal y como se ha ido describiendo.

15. CONCURRENCIA DE AMBOS TIPOS DE RESPONSABILIDAD.

Desde hace varios años se viene produciendo la incidencia concurrente de responsabilidades contractuales y extracontractuales en distintos ámbitos, entre los que se encuentra el propio de las prestaciones médicas. La pregunta necesaria en estos supuestos es si puede un daño ser considerado contractual y extracontractual al mismo tiempo. Esta cuestión era apuntada ya hace tiempo por GARCÍA VALDECASAS⁽¹⁰¹⁾.

El problema que se presenta es el de la posible concurrencia de ambas clases de responsabilidad cuando en el hecho causante del daño concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro.

(101) GARCÍA VALDECASAS. "El problema de la acumulación contractual y delictual en el Derecho español". R.D.P., 1962, págs.831 y ss. Citado por YZQUIERDO TOLSADA, M. Responsabilidad Civil : Contractual y extracontractual. Opus cit. Pág. 115 y ss.

En este sentido, el propio Tribunal Supremo ha indicado que no es suficiente la existencia de un contrato para excluir absolutamente la responsabilidad aquiliana. Así, la ya mencionada Sentencia de 19 de junio de 1984 (Arz. 3250), de la que fue ponente **SERENA VELLOSO**:

No es bastante que haya un contrato (o una preexistente relación de otra naturaleza) entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye materia del contrato, desplegará aquella sus efectos propios; o, en otras palabras, que puede darse la concurrencia de ambas clases de responsabilidades en yuxtaposición que no desaparece sino cuando el acto causante se presenta con entera abstracción de la relación preexistente y operaria y lo haría con la misma extensión e intensidad aunque esta no hubiera existido nunca [...] presentándose únicamente como una violación del deber general de no dañar a nadie; mientras que se da la responsabilidad contractual pura cuando el hecho sólo y únicamente se presenta como infracción de una de las obligaciones pactadas de tal suerte que el determinar el incumplimiento de la obligación depende íntegramente de la misma, siendo inimaginable su encuadramiento dentro del general deber de no dañar a otro;[...].

Nuestro Tribunal Supremo se ha manifestado indicando la posibilidad de acumular ambos tipos de acciones, contractual y extracontractual, aunque la acumulación no es tal en sentido estricto, porque lo que se viene a permitir es el alternativo y subsidiario ejercicio de una u otra por cuanto que, según su criterio, ambas responden a idéntica finalidad reparadora.

En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de 3 de mayo de 1999 (Arz. 3426), de la que fue ponente **GARCÍA VARELA**:

Es la doctrina comúnmente aceptada que la culpa contractual y extracontractual responden a un principio común de derecho e idéntica finalidad reparadora, comprendidos en el concepto genérico que a la obligación de indemnizar asigna el artículo 1106 del Código Civil, por lo que el artículo 1104, dictado para las coyunturas de culpa contractual es aplicable a la obligación nacida de culpa aquiliana o extracontractual, de ahí que cuando un hecho viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades, de la que surgen acciones distintas, que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, y optando por una u otra, tendentes ambas al mismo fin; [...].

Pero el Tribunal Supremo ha llegado más allá al admitir no sólo la posible elección entre el ejercicio de una u otra acción, sino, incluso, que sea el propio juzgador el que elija las normas que mejor se acomoden a los hechos relatados ⁽¹⁰²⁾. En este sentido se manifiesta la Sentencia de 8 de marzo de 1999 (Arz. 2660), de la que fue ponente **SIERRA GIL DE LA CUESTA**:

Criterios jurisprudenciales que gozan de manifestada continuidad en cuanto a la referida “unidad conceptual” [...] que admite concurrencia de culpas por los mismos hechos [...] o “yuxtaposición de las responsabilidades contractuales y extracontractuales que dan lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa o subsidiariamente u optando por una u otra e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades

(102) Cfr. Sentencias de 20 de diciembre de 1991 (Arz. 9468), 15 de febrero de 1993 (Arz. 771) y 11 de febrero de 1993 (Arz. 1457), 6 de mayo de 1998 (Arz. 2934), 8 de abril de 1999 (Arz. 2660) y 3 de mayo de 1999 (Arz. 3426), entre otras.

que más se acomoden a ellos, todo en favor de la víctima y para el logro de un resarcimiento del daño lo más completo posible”

En definitiva se trata de medidas desarrolladas por vía jurisprudencial que pretenden facilitar el resarcimiento de la víctima, aún a costa de cierta *impureza procesal*, aunque también es cierto que nada impide que el juez sitúe la acción en la sede adecuada en virtud del principio *iura novit curia*, sin que ello suponga una alteración de la causa de pedir.

16. EL IMPACTO DE LA REFORMA DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA RESPONSABILIDAD MÉDICA EXTRA CONTRACTUAL.

El artículo 51 de la recientemente derogada Ley de Enjuiciamiento Civil atribuía a la jurisdicción ordinaria la competencia exclusiva para conocer de los negocios civiles que se suscitaran en el territorio español. De acuerdo a ello, parecía, cuando menos razonable, considerar que las demandas por responsabilidad médica debían ser conocidas en el ámbito de dicha jurisdicción.

Sin embargo, tal cuestión no resultó pacífica cuando junto a los profesionales aparecía demandada la entidad pública para la que trabajaban, integrada, además dentro de la Seguridad Social. Así las cosas, tres ordenes jurisdiccionales reclamaban para sí la competencia en esta materia, a saber, el contencioso-administrativo, el civil y el

social. ACHA⁽¹⁰³⁾ realiza un estudio de las vías de reclamación desarrolladas contra el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) entre 1992 y 1996 y llegando a la conclusión de que la mayor parte de los casos se tramitaron en vía civil, siguiéndole muy de cerca los que se sustanciaron ante la jurisdicción social, y, finalmente, con gran diferencia respecto a las anteriores, fue la vía contencioso-administrativa la escogida.

La alegaciones del orden jurisdiccional social se basaban en lo establecido en el artículo 1.4 de la Ley de Procedimiento Laboral, que atribuye competencia a este orden jurisdiccional en materia de pleitos sobre Seguridad Social.⁽¹⁰⁴⁾

Por su parte, la jurisdicción civil, conjugando, de una parte, su *vis atractiva*, y de otra, la afirmación de que la Administración Pública Sanitaria no actuaba en las relaciones de prestación de servicios dotada de *ius imperium*, sino como sujeto de derecho privado, reclamaba para si la competencia exclusiva en este tipo de procedimientos⁽¹⁰⁵⁾.

Por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativo, aunque la Ley 30/1992 establecía la responsabilidad directa de las Administraciones públicas, aún actuando en relaciones de derecho privado, por los daños y perjuicios causados por su

(103) ACHA, R. "La Administración y la Responsabilidad Sanitaria" en: La responsabilidad por los actos médicos y soluciones extrajudiciales. Bilbao, 1996, citado por FERNÁNDEZ HIERRO, J.M. Sistema de responsabilidad civil. Opus cit. Pág. 518.

(104) Cfr. Sentencias de 24 de abril de 1990 (Arz. 8.955); 5 de junio de 1991 (Arz. 5131); 21 de abril de 1993 (Arz. 3344), entre otras.

(105) Cfr. Entre otras, Sentencias de 7 de abril de 1989 (Arz. 2997); 30 de enero de 1990 (Arz. 74); 28 de marzo de 1990 (Arz. 1734); 30 de julio de 1991 (Arz. 5435); 8 de abril de 1996 (Arz. 2998); 24 de junio de 1997 (Arz. 5208); 30 de abril de 1998 (Arz. 3457).

personal, así como la competencia de aquella jurisdicción, su aplicación fue desigual y necesitó plantear repetidas veces cuestiones de competencia por esta causa. La razón para ello tal vez estribaba en que el artículo 146 mantenía abierta la puerta de la reclamación civil en la persona o personas del empleado público.

Sin embargo, la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto con la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ambas de 1998, reconduce la situación, recortando, la primera, la competencia de los tribunales civiles, y atrayendo, la segunda, las causas en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea su naturaleza.

Así, y en primer lugar, la Ley Orgánica del Poder Judicial en la reforma realizada por la Ley Orgánica 6/1998 de 13 de julio introduce en el artículo 9.4 la siguiente prescripción:

Los del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de las Administraciones Públicas sujetas al Derecho Administrativo, con las disposiciones de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos en los términos previstos en el artículo 82.6 de la Constitución [...].

Conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive.

En segundo lugar, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dispone en su artículo 2:

El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

[.../...]

c) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.

Así pues, de una manera taxativa, se trata de zanjar definitivamente los conflictos de competencia entre los distintos órdenes jurisdiccionales en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. En síntesis, se articula lo que ya la Exposición de Motivos de la Ley 29/ 1998 anunciaba:

Algo parecido debe decirse de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Los principios de su peculiar régimen jurídico, que tiene cobertura constitucional, son de naturaleza pública y hoy en día la Ley impone que en todo caso la responsabilidad se exija a través de un mismo tipo de procedimiento administrativo. Por eso parece muy conveniente unificar la competencia para conocer de este tipo de asuntos en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, evitando la dispersión de acciones que actualmente existe y garantizando la uniformidad jurisprudencial, salvo, como es lógico, en aquellos casos en que la responsabilidad derive de la comisión de una infracción penal.

Al hilo de esta última afirmación hay que considerar otro cambio que introduce la mencionada Ley. La normativa anterior admitía la posibilidad de exigir responsabilidad patrimonial de la Administración junto con la posibilidad de ejercitar acciones penales y/o civiles contra el causante material del daño. Esta posibilidad desaparece en virtud de la reforma de la Ley 30/1992 operada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, la cual en su artículo 144 continua en línea con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 29/1998,

a la vez que suprime de la redacción del artículo 146 la referencia a la exigencia de responsabilidad civil, manteniendo solo la penal:

1. La responsabilidad penal del personal al servicio de las Administraciones públicas, así como la responsabilidad civil derivada del delito se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.⁽¹⁰⁶⁾

De esta manera, la Ley viene a cerrar la posibilidad de exigir responsabilidad civil al causante material del daño si su acción no está tipificada como delito; ello lleva a afirmar que, al menos inicialmente, la única demandada va a ser la Administración, siempre y cuando el daño no sea resultado de una actividad delictiva. Sin embargo, no es eso lo que establece el párrafo final del artículo 9.4, en el que se dice:

Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional.

Esta cuestión, que también recoge el artículo 21.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, viene a añadir un pozo de dificultad a una cuestión que empezaba a aclararse.

No se duda de la legitimación pasiva que pueda corresponder al personal al servicio de las Administraciones Públicas causantes directos del daño que se pretende resarcir, no sólo porque la Ley se la otorga, sino porque no podía ser de otro modo, habida cuenta que uno de los cambios introducidos por la reforma de la Ley 30/1992

(106) La redacción anterior establecía: *La responsabilidad civil y penal del personal al servicio de las Administraciones Públicas se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente.*

les afecta directamente, ya que frente a la redacción anterior en la que la Administración implicada, de manera potestativa podía repetir contra su personal en los supuestos en que hubiera indemnizado el daño, ahora, esa potestad se convierte en mandato. Así, el artículo 145.2 establece:

La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado directamente a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se determine.

Varias son las cuestiones a hacer notar:

- En primer lugar, será responsable la persona física que preste servicio en la Administración en cuestión, a la que sea imputable el hecho que determinó el daño a título de dolo o culpa.
- En segundo lugar, la exigencia de responsabilidad por parte de la Administración no incluye los supuestos en los que el daño sea consecuencia de funcionamiento normal -y que hayan entrado en el concepto de indemnizables de conformidad a lo establecido en el artículo 141 de la misma Ley⁽¹⁰⁷⁾-.

(107) Dicho artículo en su apartado primero establece: *Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que este 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 hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos ...*

- En tercer lugar, se exige dolo o una culpa grave. Aunque nada dice la propia Ley respecto al criterio de gravedad, es posible aplicar el general de omisión de la diligencia que el más descuidado pondría de ordinario en la realización de la actividad. En opinión de GONZÁLEZ PÉREZ⁽¹⁰⁸⁾ los criterios para la exigencia de responsabilidad por parte de la Administración a su personal son los siguientes:

- **Resultado dañoso producido.** Parece evidente que ha de existir una proporción entre el daño y el tipo de actividad realizada.
- **Existencia o no de intencionalidad.** En caso de que no exista intencionalidad, ha de tenerse en cuenta que la Ley exige que concorra “culpa o negligencia grave”, calificación que existía en la normativa anterior, reveladora de que no es suficiente una falta de normal diligencia.
- **Responsabilidad profesional del personal al servicio de las Administraciones Públicas.** Habrá de tenerse en cuenta, en este caso, la profesión, a fin de verificar hasta que punto, aplicando los conocimientos y preparación de ella, la falta cometida reviste la “gravedad” exigida.
- **Relación con la producción del resultado dañoso.** Se está haciendo referencia a la imputabilidad, debiendo verificarse ésta en razón de la concurrencia de la actuación de otras personas que hubiesen intervenido y de las condiciones materiales en que se realizó.

En definitiva, se trata de criterios que permiten a la Administración afectada exigir de oficio a sus autoridades y personal a su servicio, cuando se cumplan los requisitos señalados, la responsabilidad en que hubieran incurrido. Es por esta causa que se afirma

(108) GONZÁLEZ PÉREZ, J. y OTROS. Comentarios a la Ley 4/1999 de 13 de enero de modificación de la Ley 30/1992. 1ª edic. Madrid. Edit. Civitas. 1999. Pág. 547.

no sólo la conveniencia, sino también la necesidad de llamar al proceso a las personas que, aunque no de una forma directa, puedan resultar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante.

Esta consideración no impide valorar la dificultad de llamar a un sujeto privado a un procedimiento regido por normas de Derecho Público, tanto desde el punto de vista procesal -no se le podría reclamar, por ejemplo, el expediente administrativo-, sino también desde el punto de vista sustantivo. Habrá que entender que su participación está dirigida fundamentalmente a evitar indefensión.

Otra cuestión que queda zanjada con las reformas legislativas mencionadas es la relativa a la incompetencia de la Jurisdicción de lo Social para conocer de las reclamaciones contra las Administraciones Sanitarias. En este sentido, a lo ya expresado, hay que añadir lo establecido en la disposición adicional duodécima de la Ley 30/1992 en su redacción por la Ley 4/1999:

La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los Centros sanitarios concertados con ellas, por los daños o perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

De esta forma se pone fin al problema relativo a la disparidad de criterios jurisprudenciales sobre el orden jurisdiccional competente para conocer de aquellos procesos en los que el daño se produce con ocasión de la asistencia sanitaria pública.



En definitiva, frente a la anterior situación de inconcreción, se atribuye ahora, de manera expresa el conocimiento de las pretensiones en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas; pero, más allá, se extingue la posibilidad de demandar en vía civil -salvo en los supuestos en que este tipo de responsabilidad derive de un hecho delictivo- a los profesionales sanitarios que prestan sus servicios para una Administración Pública.

De esta forma, la exigencia de responsabilidad civil extracontractual del profesional sanitario queda circunscrita a aquellas actuaciones generadoras de daño que se producen en el marco del trabajo por cuenta ajena en la empresa privada, o en su caso, en el libre ejercicio de la profesión, siempre que el daño producido esté fuera de la órbita de lo pactado.

Conclusiones

A. FORMACIÓN DEL MÉDICO:

A.I. La formación del médico generalista:

A.I.1.

Tanto en el mundo griego como en el romano la Medicina fue aprendida a través de la práctica, por la propia experiencia, con la ayuda de un maestro o de varios agrupados por una doctrina compartida, en las denominadas escuelas de Medicina. Esta situación se mantiene prácticamente sin cambios hasta la aparición de las primeras universidades en el medievo. La única excepción a esta realidad se da en el Islam, donde la formación del médico se realizó en escuelas. Por su parte, la Cirugía, que se mantuvo separada de la Medicina hasta finales del siglo XVIII, se aprende por medio de la práctica.

A.I.2.

El primer intento de regulación de la formación y el ejercicio médico se debe a los romanos. Sin embargo, a pesar de que se dictaron algunas disposiciones con esta finalidad, el ejercicio de la Medicina fue una actividad enteramente libre en Roma para la que no se requería titulación alguna.

A.I.3.

La integración académica de la Medicina en la educación medieval tuvo lugar de forma efectiva en el siglo VIII, en que comenzó a enseñarse de forma sistemática en primer lugar, en las escuelas monásticas. Con los precedentes de la escuela de Salerno (siglo IX) y la de Montpellier (siglo XII), en el siglo XIII, se consolida la formación médica en las escuelas laicas. La razón de este cambio hay que encontrarla, fundamentalmente, en el Concilio de Letrán (1215), que prohíbe el ejercicio de la Medicina a los religiosos, lo que aleja la enseñanza de la Medicina de los monasterios.

A.I.4.

En el siglo XVI ya está muy avanzado el proceso de fundación de universidades en toda Europa y la formación del médico se realiza en ellas. Se trata de educación eminentemente teórica, aunque en distintos momentos se recupera la idea hipocrática de enseñanza junto al lecho del enfermo. Sólo Inglaterra se aleja de este modelo de enseñanza, realizándola dentro de los hospitales, lo que dota a esta formación de un carácter muy práctico. En este mismo periodo, en España se reforman las enseñanzas de la Medicina, estableciéndose como requisito de acceso a estos estudios el título de bachiller en artes, tras los cuales comenzaba un periodo de formación teórica en Medicina, que duraba cuatro años, después de los cuales y para poder ejercer debía practicar durante dos años al lado de un médico con experiencia, designado para tal fin.

A.I.5.

Mejora la formación universitaria de los médicos con el levantamiento de la

prohibición de diseccionar cadáveres. Estas disecciones se hacen inicialmente con la finalidad de incrementar el conocimiento anatómico del ser humano, pero posteriormente van a ser utilizadas también para conocer la causa de la muerte de las personas, de manera que ya en el siglo XVIII se consolida la Medicina Legal como una especialidad con entidad propia. También en este momento se incorporan a las enseñanzas de Medicina disciplinas como la Obstetricia y la Oftalmología.

A.I.6.

También durante el siglo XVIII la enseñanza de la Cirugía alcanza un alto nivel de desarrollo, de forma que el cirujano deja de ser un empírico de bajo nivel social para convertirse en un técnico de prestigio que se forma en centros docentes de tanto prestigio como las universidades. Estos centros se hallan normalmente vinculados al ejército y la armada, lo cual es razonable ya que la mejora de las técnicas quirúrgicas fue muchas veces propiciada por la necesidad de curar la heridas de guerra.

A.I.7.

En el siglo XIX se produce la unificación de la Medicina y la Cirugía, dando lugar al título de Licenciado en Medicina y Cirugía, denominación que se mantiene en nuestro País hasta la actualidad.

A.I.8.

Es en las postrimerías del siglo XIX y comienzos del XX cuando se aprecia

en nuestro España una mayor esfuerzo reformador de las enseñanzas de la Medicina, si bien, el diseño ideado para ello no refleja los avances científicos, tecnológicos e incluso pedagógicos que se están produciendo en otras partes del mundo, especialmente en Europa. Es posible afirmar que la estructura universitaria española durante las primeras partes del siglo XX no propicia la investigación y con ello el avance de las disciplinas médicas. Estos cambios comienzan a producirse en los últimos veinte años especialmente en lo que a la formación básica y a la investigación se refiere.

A.II. La formación del médico especialista:

A. II.1.

Aunque en Roma aparecen los primeros especialistas -oculistas y dentistas, entre otros-, su consideración social era inferior a la del médico general, y sus conocimientos muy reducidos. Las especialidades, en sentido propio alcanzaron su plena consolidación en el siglo XIX debido, entre otras razones, al incremento de los conocimientos médicos que se va produciendo a lo largo de los siglos -especialmente desde el XVI en adelante-, lo que imposibilitaba que un único profesional pudiera alcanzarlos en su totalidad. También favorece el desarrollo de las especialidades la invención de nuevos instrumentos de estudio y diagnóstico que permiten detectar y/o conocer con mayor nivel de detalle determinadas entidades morbosas.

A.II.2.

En la actualidad, las especialidades médicas han alcanzado un alto nivel de definición y aquellos que las practican adquieren un gran prestigio social, mientras que

el médico generalista ha visto reducida su consideración social. Este afán por atomizar el conocimiento ha dado lugar a la paradoja de que, al menos desde el punto de vista académico, el médico general ha de adquirir la condición de especialista en Medicina Familiar y Comunitaria para poder ejercer. Efectivamente, la normativa europea y su transposición al Derecho español disponen que para ejercer como médico general en el ámbito de la sanidad pública es necesario contar con la mencionada especialidad, lo que viene a significar que el estudiante que termina su formación como médico recibe un título que sólo le autoriza para el ejercicio privado de la Medicina General.

A.II.3.

El modo de adquirir la formación especializada es a través del sistema MIR - Médico Interno Residente-, que debe ser criticado por tratarse de un sistema centralizado y por fomentar más el conocimiento memorístico que la habilidad clínica. Asimismo, este sistema de formación especializada impide la satisfacción de vocaciones profesionales, toda vez que la elección de la especialidad se realiza en virtud del número de plazas disponibles y de la puntuación alcanzada en el examen correspondiente.

Por todo ello, sería conveniente proceder a la reforma de la formación especializada, en primer lugar, descentralizando la convocatoria, de tal manera que esta fuera realizada en el marco de cada Comunidad Autónoma, atendiendo, entre otros criterios, al diagnóstico de salud de la población, de tal forma que, en función de las necesidades concretas, se establezca el número de especialistas necesario. En segundo lugar, la reforma sería insuficiente si al mismo tiempo no se modificaran los sistemas de acceso a las facultades de Medicina, adecuando, de una parte, el número de plazas

a las necesidades reales de profesionales, y de otra, condicionando la entrada a los estudios a la realización de un curso inicial, y no únicamente, como ocurre hasta ahora, a la calificación obtenida en las pruebas de acceso a la Universidad, de tal forma que se potencien las vocaciones. Si resulta aprobado el proyecto de Ley de Universidades presentado recientemente por el Gobierno, queda a las Universidades el reto de determinar los sistemas de accesos a los estudios más idóneos para compatibilizar la satisfacción de profesiones con las necesidades de profesionales de la Medicina de la población.

B. CONTROL DEL EJERCICIO PROFESIONAL:

B. I.

Es en Roma donde, por primera vez, se intenta limitar el número de profesionales que pueden ejercer en una localidad y también donde aparecen los primeros collegia o asociaciones de médicos encargados de controlar el ejercicio profesional. Sin embargo, la consolidación de este tipo de agrupaciones de profesionales no se producirá hasta el medievo con la aparición de los gremios. La finalidad de estos era controlar el ejercicio profesional, especialmente para no romper el equilibrio entre la oferta y la demanda y para mantener el ejercicio monopolístico de la actividad intervenida. Existieron diversos gremios que agrupaban a profesionales de la Medicina y la Cirugía. Así, inicialmente, los cirujanos compartían gremio con los barberos y los médicos con los artistas y boticarios. A partir del siglo XIII, y de modo paulatino, se fueron separando los cirujanos con formación de aquellos que no la tenían, y los médicos de otros profesionales que no se dedicaban al arte de curar.

B.II.

Hacia 1140 Rogerio II de Sicilia dicta un conjunto de normas dirigidas a controlar el ejercicio profesional, continuando, años más tarde, Federico II en la misma línea, de manera que se prohíbe el ejercicio a todos aquellos que no hubieran superado un examen realizado por los maestros de la Escuela de Salerno. La finalidad de estas medidas era proteger a los pacientes de la falta de pericia y conocimiento de médicos y cirujanos. También en la Península Ibérica, en el siglo XIII, se establecen medidas encaminadas a controlar el ejercicio profesional consistentes, al igual que las anteriores, en exigir la realización de un examen para poder ejercer. Estas medidas constituyen el precedente del Tribunal del Protomedicato, institución nacida en el siglo XV y que perdurará hasta el siglo XIX.

B. III.

En nuestro País, el control del ejercicio de la Medicina fue competencia del Tribunal del Protomedicato entre 1477 y 1822, un largo período en el que esta institución sufrió diversas vicisitudes. Su cometido era, entre otros, certificar la competencia para el ejercicio de la Medicina de aquellos que habían cursado los estudios correspondientes mediante la realización de un examen. El Tribunal estuvo compuesto inicialmente solo por médicos, incorporándose, paulatinamente, boticarios y cirujanos, cuando se atribuyó al Tribunal competencia para el control del ejercicio profesional de estos. La eficacia de esta institución fue más bien escasa, debido, principalmente, al alto nivel de corrupción del que adolecía desde sus orígenes y que obligó en distintos momentos a dictar medidas destinadas a corregirla, sin mucho éxito.

B.IV.

En Europa, el control del ejercicio profesional se atribuye, a partir del siglo XVI, a los colegios profesionales que poco a poco se van creando. Este es el caso del Colegio de Medicina de Lyons y el Colegio de Médicos de Londres. Sin embargo, en España, no aparece el primer colegio profesional de Médicos hasta 1795, conviviendo con el Tribunal del Protomedicato, que se reservaba, como se ha dicho, el control del acceso a la práctica médica, mientras que al Colegio correspondían, entre otras, las pericias médico-legales y la censura de las obras médicas.

B.V.

Consolidados los colegios profesionales como corporaciones encargadas, de modo principal, de velar por el correcto ejercicio profesional, se les da un gran impulso al disponer la Constitución de 1978 en su artículo 36 que por ley se regularán sus peculiaridades, así como el ejercicio de las profesiones tituladas. La existencia de los colegios, se encuentra plenamente justificada, particularmente en lo que se refiere al objetivo de proteger a los usuarios de servicios profesionales. Sin embargo, ello no debe ser obstáculo para propiciar otras formas de asociacionismo profesional concebidos como foros de debate y desarrollo profesional.

B.VI.

Se hace preciso el desarrollo de una regulación específica dirigida a desarrollar la competencia de los colegios profesionales en materia de control del ejercicio profesional de sus asociados que sea más explícita que el genérico control que se

recoge en la normativa vigente, y en la que se tipifiquen conductas profesionales sujetas a sanción. Dicha regulación deberá recoger, igualmente, la responsabilidad de los colegios en los supuestos en que incumplan o no desarrollen adecuadamente esta función.

C. ASISTENCIA MÉDICA:

C. I.

Desde la antigüedad la asistencia médica se estructura en tres niveles de atención en función de la clase social del paciente, de manera que los mejores servicios quedan reservados para aquellos que pueden pagarlos. En Grecia esto va a condicionar la aparición de distintos tipos de servicios médicos: Los médicos públicos que eran contratados por la ciudad para la atención de extranjeros y pobres; los *periodeutas*, que ofrecían sus servicios de forma itinerante a quienes pudieran pagarlos y que utilizaban pequeños consultorios para recibir a los pacientes. Junto a estos, es coherente pensar que existían médicos de prestigio que atendían a los ciudadanos más ricos.

En Roma, la asistencia médica se encuentra inicialmente en manos de esclavos, que actúan bajo la dirección de un *superpositus medicorum*, cuya misión era la atención a las clase más humildes. También ejercen en Roma médicos extranjeros, mayoritariamente griegos. Para estos últimos la situación cambia a partir del año 46 en el que se concede la ciudadanía romana a todos los médicos instalados en el Imperio, como resultado de la mayor consideración social alcanzada por esta profesión. Destaca también en Roma la creación de *valetudinaria*, centros destinados a la atención de viejos soldados.

C.II.

Una de las principales contribuciones del Islam en materia de asistencia médica fue la creación de casas para enfermos, en algunas de las cuales existían salas destinadas a distintas especialidades, básicamente fiebres, ojos y cirugía y los médicos visitaban a los pacientes acompañados de los estudiantes. Se trataba de una estructura organizativa similar a la de los actuales hospitales clínicos, donde, además, la dirección facultativa se encontraba separada de la administración del Centro. Se trata de una organización asistencial totalmente innovadora que no comienza a introducirse en Europa hasta el siglo XVI.

C.III.

La Edad Media trae consigo la consolidación de una forma de atención que tiene su precedente remoto en los templos griegos de culto a Asklepio y en los *valetudinaria* romanos: los hospitales. Estos se encuentran íntimamente vinculados al concepto de caridad cristiana, dándose un gran impulso a la creación de los mismos tras la afirmación del cristianismo como religión oficial de Bizancio en el año 391, aunque ya con anterioridad, en el 370, se había construido al menos un hospital cristiano, en la ciudad de Cesarea. Sin embargo, en ningún caso debe pensarse que la creación de hospitales va a suponer una mejora sustancial en la atención a los pobres, ya que los hospitales carecían de médicos y los pacientes eran atendidos por cuidadores vinculados, generalmente, a órdenes religiosos. Es más, en muchos casos, la entrada en el hospital iba a condicionar una muerte segura, tal vez no por la patología que motivó el ingreso, pero sí por el contagio de otras enfermedades, ya que todas las salas fueron, inicialmente, comunes, con la única excepción de la atención a los enfermos

leprosos, que de manera temprana fueron aislados. De hecho, las primeras leproserías europeas datan del siglo VI, situándose lejos de las zonas habitadas por los sanos, pero lo suficientemente cerca de las ciudades y caminos como para que pudieran pedir limosnas a los transeúntes.

C.IV.

Una característica de estos primeros hospitales medievales es que las salas de los pacientes comunicaban con una capilla, e incluso, muchos de ellos se fundaron al lado de catedrales. No obstante, la distribución social que se va consolidando a lo largo de la Edad Media da lugar a la aparición de hospitales fundados por burgueses y nobles, como el del Espíritu Santo en la ciudad de Lübeck.

En el siglo XIV comienzan a crearse los primeros hospitales para apestados en los puertos mediterráneos, con la finalidad de aislar a los enfermos y proteger el comercio. Por estas fechas también comienzan a crearse las primeras instituciones manicomiales.

C.V.

En todo caso, hay que afirmar que los hospitales medievales responden más al concepto de asilo que al de centro sanitario, al plantearse más como una forma de asistencia social que como un medio de procurar la salud.

C.VI.

Con esta única novedad en cuanto al auxilio a los pobres, la Edad Media mantiene la misma diversificación asistencial que en el pasado: los nobles y reyes son atendidos por un médico que está dedicado en exclusiva a ellos, mientras que los burgueses reciben asistencia domiciliaria de manos de médicos cualificados y de prestigio.

C.VII.

El Renacimiento trae como novedad la aparición de establecimientos sanitarios especializados como consecuencia, entre otras razones, de la extensión de ciertas enfermedades como las venéreas y el escorbuto, además de las ya conocidas como la lepra y la peste.

C.VIII.

A partir del siglo XVIII los hospitales comienzan a sufrir una paulatina transformación que va a suponer una mejora en la salud de la población menos favorecida. Así, junto a la definitiva consolidación de la separación de los enfermos comunes de aquellos que padecían sífilis, lepra y otras enfermedades infecciosas conocidas; se produce un hecho que determinará que los hospitales se conviertan en verdaderos centros sanitarios y no en meros centros asistenciales, y es su utilización como centros docentes y de investigación, lo que atraerá a profesionales de prestigio. Igualmente, se produce una mejora en la atención a los pacientes psiquiátricos, siendo pionero en esta materia el médico francés Phillipe Pinel, que, entre otras cosas,

consiguió alejar las tradicionales cadenas de estos pacientes

C.IX.

También en el siglo XVIII comienza una creciente preocupación del Estado por la salud de los ciudadanos, creándose servicios de recogida de basura y el desarrollo de una serie de medidas destinadas a prevenir la propagación de enfermedades infecciosas que de manera tan dramática había diezclado la población europea en los siglos precedentes.

C.X.

En este mismo período aparecen en el Reino Unido las llamadas sociedades de ayuda mutua, en un intento de mejorar la atención a las clases menos privilegiadas, iniciativa de carácter ciudadano y precedente de instituciones de carácter estatal que se irán creando en otros países de Europa.

C.XI.

Los movimientos sociales del siglo XIX van a propiciar una serie de cambios que afectarán a la asistencia sanitaria, comenzado ésta a ser considerada como un derecho inalienable de la persona. En esta idea comienzan a desarrollarse estructuras destinadas a la atención gratuita de los obreros y campesinos, siendo especialmente destacable el sistema de krankenkassen de Bismarck, que se convierte en precedente de los sistemas de seguridad social.

C.XII.

Entre 1908 y 1936 se adoptaron en nuestro País una serie de medidas dirigidas a promover la asistencia sanitaria gratuita, si bien ninguna de ellas llega a tener gran efectividad. Finalizada la Guerra Civil, y fruto del desarrollo del sistema de seguros previsto en el Fuero del Trabajo de 1938, se implanta en 1942 el Seguro Obligatorio de Enfermedad, que proporciona asistencia sanitaria gratuita a los obreros y sus familias, pese a lo cual sigue quedando sin cobertura sanitaria una buena parte de la población española.

C.XIII.

La promulgación de la Ley General de Sanidad en 1986 propicia la reforma de la sanidad española y con ella, entre otros aspectos, se garantiza la universalización de la asistencia, de forma que se da efectividad al derecho a la protección de la salud de todos los ciudadanos reconocido en la Constitución de 1978.

C.XIV.

La asistencia médica actual se caracteriza por el igual acceso de todos los ciudadanos a todas las prestaciones que ofrece el sistema sanitario público. No obstante, esto no significa que todos los ciudadanos tengan a su alcance toda la asistencia médica que la ciencia y la técnica permiten ofrecer al día de hoy, sino sólo aquella que el sistema sanitario tiene incorporada a su catálogo de prestaciones, necesariamente limitado por la escasez de recursos financieros que hace temer un futuro incierto al Sistema Sanitario Público. Esto implica que, aunque las desigualdades

sociales han sido notablemente corregidas, aún quedan parcelas en las que el acceso a ciertos servicios médicos, o incluso la calidad de los recibidos, queda condicionada al poder adquisitivo del solicitante de los mismos.

D. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE SERVICIOS MÉDICOS:

D.I.

La jurisprudencia más reciente se manifiesta a favor de la consideración del contrato que vincula al médico con su paciente como un arrendamiento de servicios en virtud de que tanto las características biológicas del ser humano, como los propios avances de la ciencia médica impide garantizar un resultado cierto de curación, de manera que a lo que se obliga el facultativo es a poner los medios necesarios y disponibles para la curación del paciente.

D.II.

El contrato de arrendamiento de servicios que celebra el médico con el paciente reviste las siguientes características:

- a. Se trata de un contrato basado en la confianza, especialmente desde el lado del enfermo que elige al profesional. Esta característica desaparece cuando la relación médico-paciente no se produce en virtud de un contrato o acuerdo de voluntades entre ambas partes, sino en el marco jurídico del trabajo profesional por cuenta ajena, en el que es la empresa, pública o privada, para la que el médico trabaja la que oferta

la prestación. Si se trata de un centro asistencial privado sería posible considerar la existencia de un residuo de esta confianza en la medida en que el paciente elige voluntariamente ese centro en atención a sus características, lo que podría hacer al profesional depositario de la confianza que el paciente ha puesto en el centro sanitario.

- b. No se requiere ninguna forma especial para la celebración, siendo de aplicación los artículos 1254 y 1258 del Código Civil
 - c. Se trata de un contrato bilateral que genera obligaciones para ambas partes, que en el caso del paciente están referidas, fundamentalmente, al pago de los honorarios, y en el caso del médico a realizar la prestación pactada.
4. Se trata de un contrato de tracto sucesivo que está destinado a desplegar efectos reiterados durante un cierto período de tiempo.

D.III.

Las obligaciones contractuales del médico son obligaciones de medios, por lo que su prestación consiste en poner a disposición del paciente todos aquellos medios que en el estado actual de la ciencia sean los más idóneos para conseguir la recuperación o mejoría del paciente. Así lo ha señalado de manera reiterada el Tribunal Supremo, que llega a afirmar que no se puede exigir al facultativo que venza dificultades equiparables a la imposibilidad, y que la curación no es algo que se encuentra a la libre disposición del profesional, sino que esta influenciada por factores

de diversa índole.

D.IV.

Siendo la norma general que las obligaciones del médico son de medios, se plantean algunas excepciones en las que la actividad de este profesional si puede entrañar la existencia de obligaciones de resultado. Entrarían en esta excepción dos tipos de supuestos; el primero de ellos vendría conformado por lo que se ha denominado Medicina voluntaria, que hace referencia a aquella práctica médica cuya finalidad no es terapéutica en sentido estricto, como ocurre con la cirugía estética, de tal manera que el paciente acepta que el médico realice ciertas actividades sobre su cuerpo porque espera un determinado resultado, de forma que sin ésta convicción nunca se habría otorgado el consentimiento. El segundo supuesto hace referencia a aquellas actividades médicas cuya finalidad es cooperar a la identificación de un diagnóstico, como ocurre con la radiología o con los análisis clínicos, o bien informar respecto del estado del paciente, como pasa en la emisión de certificados; son estos supuestos de Medicina necesaria o curativa, pero aquí no está presente la incertidumbre que caracteriza la actividad médica por cuanto que el contenido mismo de la prestación demanda un resultado.

D.V.

El análisis de la doctrina y de la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo permite dividir el concreto contenido de la prestación médica en obligaciones principales y secundarias.

D.VI.

La primera de la obligaciones principales viene configurada como deber de asistencia, que contiene las siguientes proyecciones:

1. Deber de utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del médico en el lugar en que se produce el tratamiento.
2. Deber de disponer los medios mecánicos y técnicos necesarios para realizar eficazmente el tratamiento. Este deber también está condicionado por el lugar en que acontece la prestación
3. Deber de continuar el tratamiento hasta el alta. Se entiende como parte de la obligación principal de asistencia en la medida en que el abandono del cuidado es equivalente a retirar los medios dispuestos en la obligación antes descrita.

D.VII.

El deber de informar al paciente se configura, generalmente, como obligación secundaria en las obligaciones de medios. Se trata de una mandato ex lege en virtud de lo establecido en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en el que se establece el derecho de aquél a recibir información completa y

continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

D.VIII.

En las obligaciones de resultado, el deber de informar aparece configurado como principal, precisamente por tratarse, en la mayor parte de los casos, de la ya mencionada Medicina voluntaria. En estos supuestos, una información completa y veraz, que incluya todos los riesgos posibles, y no sólo los probables, se convierte en un elemento determinante del consentimiento, de manera que este podría no haberse prestado en aquellos supuestos en que el déficit informativo arroja una confrontación entre los resultados obtenidos y las expectativas que el paciente tenía. Es decir, en estos supuestos, el interesado no acudiría al facultativo si no esperara alcanzar el resultado pretendido, de manera que por más que pueda parecer despreciable la posibilidad de que no se alcance el mismo, dicha posibilidad debe ser comunicada al paciente a fin de que pueda, en caso de estimarlo oportuno, mover su voluntad hacia la no realización del acto médico. De esta forma, la ausencia, el déficit o inadecuación de la información en las obligaciones de resultado puede dar lugar a la nulidad del contrato por vicio del consentimiento, en virtud de lo establecido en el artículo 1266 del Código Civil, siempre y cuando no se haya iniciado la actividad tendente a alcanzar el resultado. En el caso de que dicha actividad ya se haya desplegado sin obtener el resultado prometido, hará nacer para el facultativo la obligación de reparar por incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato.

D.IX.

Uno de los problemas que plantea el deber de informar es el de la determinación de su alcance. Es evidente que se ha de incluir el diagnóstico y el tratamiento propuesto, pero no basta con esto, sino que es necesario explicar al paciente todas las alternativas terapéuticas que tiene a su alcance, así como los riesgos y beneficios de cada una de ellas.

D.X.

Incluye el deber de información aquella que se refiere al pronóstico, es decir, al curso probable de la enfermedad en virtud del tratamiento aplicado, debiendo incluir, necesariamente, las posibles complicaciones o riesgos que puedan aparecer. En este último sentido es preciso determinar cuáles son los riesgos acerca de los que debe ser informado el paciente, todos los posibles o sólo los más frecuentes. El primero de los supuestos cuenta con muchos detractores, especialmente en el ámbito de la profesión médica, en el entendimiento de que una información tan exhaustiva puede conducir a que nadie preste su consentimiento para realizar un tratamiento médico ante el temor de lo que pueda sucederle. Frente a este planteamiento cabe afirmar que la restricción de la información puede dar lugar a un consentimiento viciado.

Con respecto a las obligaciones de medios, el Tribunal Supremo formula como límite razonable de la información acerca de las complicaciones o riesgos, aquella que se refiera a las más usuales, por presentar un porcentaje significativo de aparición, pero no de las que raramente se producen. No obstante, en las obligaciones de resultado, la información debe alcanzar a todos aquellos riesgos que aún siendo de infrecuente aparición, puedan condicionar el consentimiento del paciente en virtud de la naturaleza de la prestación médica solicitada.

D.XI.

El deber de guardar secreto, entendido como la obligación del médico de no revelar aquellos hechos que afecten a la esfera privada del paciente de los que tuviera conocimiento con ocasión de su ejercicio profesional, se configura como una obligación secundaria, en la medida en que no afecta al contenido esencial de la prestación debida.

D.XII.

La determinación de la existencia de responsabilidad por incumplimiento en los supuestos de vulneración del deber de sigilo es compleja. Si el objetivo de la relación es promover la curación o mejoría del paciente y esta se alcanza, aunque se rompa el secreto la prestación aparece aparentemente cumplida. Sin embargo, la vulneración de este deber afecta al modo en que debe ser cumplida la prestación y rompe la base de confianza sobre la que se establece la relación médico paciente. A pesar de ello, tanto la doctrina como el Tribunal Supremo no han considerado que pueda derivarse responsabilidad por incumplimiento contractual en los supuestos de vulneración del secreto profesional, reconduciéndose los mismos, bien a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, bien a través del artículo 199 del Código Penal.

D.XIII.

La ética médica reconoce en nuestro País tres supuestos en los que se permite la vulneración del secreto:

1. Por mandato legal ex artículo 24 de la Constitución española de 1978.
2. Ante la existencia de un peligro real para la vida o la salud del paciente o de terceros.
3. Ante la posibilidad de un perjuicio para el médico en su ejercicio profesional.

D.XIV.

Con base a lo anterior es posible afirmar que el deber de guardar secreto es relativo, de manera que las circunstancias de tiempo y lugar, los propios avances de la ciencia médica y de los derechos de los ciudadanos en general, y de los usuarios en particular, permiten estimar como síntoma de progreso la posibilidad de que el secreto pueda ser vulnerado en aras a intereses superiores a los del paciente.

D.XV.

La actual regulación del deber de guardar secreto excluye del ámbito del mismo al paciente y a sus familiares. Respecto del primero, se entiende como natural consecuencia de la naturaleza misma de la actividad médica, pues nadie como el paciente, puede tener un interés más legítimo en que se le proporcione información sobre su estado. Por ello, es posible afirmar que el denominado privilegio terapéutico no constituye un límite al deber de secreto, sino que se configura como una verdadera excepción del deber de informar al paciente que corresponde al facultativo, cuya legitimidad se cuestiona.

Respecto a la información que se proporciona a los parientes o allegados, y que no constituye una vulneración del deber de secreto en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad, hay que afirmar que la actual regulación en materia de secreto no protege adecuadamente la intimidad de las personas cuando da por sentado la existencia de unos lazos familiares sólidos dónde la comunicación es fluida y la intimidad tiene una configuración más estrecha.

D.XVI.

Se hace necesaria una reforma de la legalidad vigente en virtud de la cual la información a los familiares se convierta en una excepción consentida por el propio paciente, cuando esté en condiciones de hacerlo, o excepción necesaria cuando las condiciones de capacidad del usuario de los servicios médicos no le permitan tomar una decisión autónoma.

D. XVII.

El establecimiento como límite al secreto profesional el interés superior que constituye la docencia en el ámbito de la Medicina requiere una regulación que permita compatibilizar el derecho del paciente a su intimidad con la necesidad de acceso a la historia clínica de los estudiantes de Medicina para completar adecuadamente su formación.

D.XVIII.

En relación a la vulneración del secreto cabe realizar tres consideraciones:

1. No se estima que exista vulneración del deber de guardar secreto cuando es el propio paciente, por sí o en la persona de su representante legal, el que solicita la revelación de determinados datos médicos.
2. En los supuestos en que sea el profesional el que solicita que se le libere de su obligación de guardar secreto en su propio interés, aún cuando el Código de Deontología médica lo autoriza, se cuestiona la legitimidad de esta actuación en aquellos supuestos en que el paciente no consienta la divulgación de sus datos. Sólo resultaría admisible la ruptura del secreto en el propio interés del médico cuando esta se encuentre ligada a la imposibilidad del profesional de procurar su defensa por cualquier otro medio.
3. El tercero de los supuestos posibles es cuando la eventual vulneración del secreto surge como consecuencia de la obligación de colaborar con la Justicia en evitación o denuncia de un delito que incumbe a todos los ciudadanos, y más específicamente a médicos, cirujanos y farmacéuticos. En estos casos procede que la información proporcionada se ajuste a las necesidades estrictas del procedimiento, de manera que la solicitud motivada emitida por el juez debe explicitar que datos son de su interés y, paralelamente, liberar al médico de su obligación de sigilo respecto de los mismos.

D.XXV.

La protección de los datos clínicos automatizados se realiza en virtud de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre sobre tratamiento automatizado de los datos de carácter personal y disposiciones complementarias, así como por la Recomendación de la Unión Europea de 13 de febrero de 1997 sobre protección de datos médicos. En esta normativa se establecen una serie de medidas destinadas a preservar la intimidad de los sujetos cuyos datos personales han sido automatizados, las cuales se completan en virtud del Real Decreto de 11 de junio de 1999, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados y el Real Decreto-ley 14/1999 que regula la firma electrónica avanzada.

En definitiva, esta normativa pone de manifiesto que las nuevas tecnologías susceptibles de aplicación a la Medicina hacen surgir la necesidad de un estudio jurídico de las cuestiones que puedan plantear, que trasciende del marco tradicional en el que los temas relativos a la información y al secreto profesional se habían movido hasta ahora.

D.XXVI.

Entre las obligaciones secundarias se sitúa también el deber de certificar, que debe ser entendido como una prolongación del deber de informar, pero, en este caso, su finalidad no es exclusivamente dar a conocer al paciente cuál es su estado, sino, principalmente, acreditar de manera fehaciente el mismo en virtud de requerimiento legal. Por ello, se afirma que existen, al menos, dos tipos de información de la que debe dejarse constancia escrita en virtud de lo establecido en los artículos 10.5 y 10.8

de la Ley General de Sanidad. El primer tipo de información escrita es parte del deber de informar al paciente que incumbe al médico, y su finalidad es dar cumplimiento a este mandato. El segundo, hace referencia a obligación del médico de acreditar el estado de salud del paciente, sólo a solicitud de éste y siempre que exista un precepto legal o reglamentario que así lo determine. En todo caso, se trata de un documento que puede ser desvirtuado mediante la aportación de prueba en contrario.

E. RESPONSABILIDAD MÉDICA:

E.I.

Los primeros intentos de exigencia de responsabilidad jurídica al médico aparecen en Roma, donde se exige la reparación en los supuestos de abandono de los cuidados por impericia. De manera particular va a ser la Lex Aquilia la encargada de dar cauce a las acciones que se ejerciten contra la práctica imperita de los médicos, aunque junto a ella también fueron usadas otras formas de reclamación, como la acción de locación.

E.II.

La responsabilidad de los médicos en el medievo estuvo muy vinculada al cumplimiento de ciertos deberes de carácter religioso, como el deber de recordarle al paciente que debía confesar sus pecados. No obstante, también se contemplan consecuencias para la mala praxis, tanto en el Fuero Juzgo como en las Partidas, estableciéndose severas penas para el médico que incurriera en ella.

E.III.

Con la creación del Protomedicato en el siglo XV se atribuye a este órgano la vigilancia y control del correcto ejercicio profesional, estando facultados para imponer las sanciones pecuniarias que estimasen convenientes.

E.IV.

El constitucionalismo de los primeros años del siglo XIX establece un único fuero para toda clase de personas, de tal manera que corresponde ahora al Derecho común la determinación y regulación de las conductas que habrán de ser calificadas como ilícitos civiles y penales. De esta manera, también la responsabilidad en la que puedan incurrir los médicos en el ejercicio de su profesión será analizada a la luz del Derecho común.

E.V.

La responsabilidad jurídica se configura en el Derecho español como un deber de reparar que se impone a un sujeto como consecuencia del daño causado al interés de un tercero, siempre que haya existido voluntad de causar ese daño o, al menos, posibilidad de evitarlo. Se vincula así la idea de culpa a la responsabilidad, configurándose, por tanto, un sistema subjetivo de la misma, que alcanza su expresión en los artículos 1101 y 1902 del Código Civil, relativos a la responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente.

E. VI.

No obstante, el sistema general de responsabilidad subjetiva admite excepciones, como ha sido puesto de manifiesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el cual, a partir de la Ley sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor de 24 de diciembre de 1962, comienza a manifestar una paulatina inclinación al principio de responsabilidad objetiva, a través, principalmente de la inversión de la carga de la prueba, de manera que obliga al autor de los daños a probar que actuó con la debida diligencia, basándose en una presunción iuris tantum de culpabilidad del agente. Sin embargo, esta tendencia objetivadora no va a afectar a la responsabilidad médica, ya que la obligación del profesional consiste en un hacer con diligencia y, una vez que se ha producido la actividad, compete al perjudicado probar que el daño es consecuencia de un incumplimiento defectuoso por negligencia. El Tribunal Supremo ha puesto de manifiesto en reiteradas ocasiones que en la obligación de actividad es precisa la prueba de la falta de diligencia para apreciar el incumplimiento.

E. VII.

No basta al facultativo el despliegue de cualquier actividad para afirmar el cumplimiento de la prestación debida, sino que se ha de tratar de una actuación diligente que se encamine a la obtención de un resultado de curación, mejoría o alivio. Se establece como medida de la diligencia la llamada *lex artis ad hoc*, que se define como el criterio valorativo de la corrección del acto profesional ejecutado por el médico que tiene en cuenta para calificar dicho acto conforme o no con la técnica normal requerida, las características de su autor y de su profesión, la complejidad y trascendencia vital de la situación del paciente, así como la influencia de otros factores



endógenos. Es decir, la *lex artis ad hoc* determina la diligencia que exige la naturaleza de la obligación y corresponde a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar donde se desarrolla la prestación.

E.VIII.

De modo general, la responsabilidad médica extracontractual surge en el contexto del trabajo profesional por cuenta ajena en el ámbito privado cuando el daño es resultado de un actividad que encuentra fuera de la órbita de lo pactado.

E.IX.

La primera diferencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual es la existencia de un contrato previo o no, que determina, a su vez, la existencia de un conjunto de obligaciones específicas nacida del acuerdo de voluntades de las partes, o bien la existencia de un deber genérico de no causar daño que incumbe a todos. No obstante, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es posible sostener la existencia de otras diferencias entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, entre las que se encuentran:

E.X.1. Por su origen: El incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato hace nacer para el deudor la obligación de reparar, precisamente por la existencia de una obligación previa, mientras que en el ámbito extracontractual la obligación surge en el momento en que aparece el daño. Sin embargo, en la práctica la diferencia no es tal, lo que se aprecia claramente en el ámbito de la responsabilidad civil

médica, ya que resulta difícil distinguir entre las actividades que en el marco del contrato debía realizar el médico y cuyo incumplimiento han dado lugar a responsabilidad, de aquellas otras que debieron cumplirse como concreción del deber genérico de no dañar, que incumbe al profesional en el ejercicio de su actividad, y que en el caso de ser vulnerado genera responsabilidad.

E.X.2. Por el grado de culpa exigible. Aún cuando en materia de responsabilidad civil, en general, la graduación de la culpa ha ido perdiendo cada vez más interés para los Tribunales, en el ámbito de la responsabilidad médica el Tribunal Supremo ha mantenido que para dar lugar al nacimiento de responsabilidad contractual se requiere, al menos, culpa leve, mientras que para la extracontractual es suficiente con una culpa levisima, lo que es acorde con la idea del alto valor del bien jurídico que se trata de proteger y, por ello, se exige un mayor cuidado al actuar.

E.X.3. Por la capacidad del obligado. Este criterio diferencial supone la afirmación de que para que nazca responsabilidad contractual es necesaria la previa capacidad para contratar, mientras que en los supuestos de responsabilidad extracontractual no se requiere dicha capacidad. Además de la escasa trascendencia que esta distinción podría tener en el ámbito de la responsabilidad médica, ya que es posible establecer una presunción general de capacidad para todos los profesionales en ejercicio, tampoco en el marco general de la responsabilidad civil la tiene, ya que no es igual la capacidad exigida

para obligarse por un contrato, que la capacidad necesaria para incurrir en responsabilidad contractual.

E.X.4. La responsabilidad contraída por los hechos de los dependientes. La diferencia fundamental entre las obligaciones contractuales y extracontractuales se producen cuando en el ámbito del trabajo médico por cuenta ajena cabe al empresario privado exonerarse de la responsabilidad cuando pruebe que obró con la diligencia de un buen padre de familia, ya que, en estos casos, su responsabilidad es vicaria, mientras que esta posibilidad no existe en los supuestos de responsabilidad contractual por tratarse de una responsabilidad directa por la utilización de medios inadecuados para realizar la prestación pactada.

Ahora bien, cuando el empresario es la Administración Pública, en virtud de lo establecido en la Ley 30/1992, reformada por la Ley 4/1999 de 13 de enero, se establece la responsabilidad directa de esta.

De esta forma, la responsabilidad extracontractual del médico quedará circunscrita a aquellos supuestos en que se produzca un daño resultado de una actividad que se encuentre fuera de la órbita de lo pactado, o bien cuando trabaje por cuenta de un empresario privado, mientras que cuando lo haga para la Administración Pública, los posibles daños que se deriven de su ejercicio profesional entrarían en la esfera de responsabilidad patrimonial de la Administración.

E.X.5. Por la prescripción. El distinto plazo de prescripción de ambos tipos de responsabilidad constituyen la auténtica clave de diferenciación, de

manera que para la responsabilidad contractual prescribe a los quince años por mandato del artículo 1964, mientras que la extracontractual lo hace al año, en virtud del artículo 1968 del Código Civil.

Sin embargo el mayor problema que plantea esta cuestión es el cómputo de plazos. Del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo es posible concluir que debe considerarse que el cómputo del plazo de prescripción debe jugar a favor de la parte perjudicada en los supuestos en que los daños se prolonguen a través del tiempo o cuando no sea posible conocer o valorar de manera inmediata el alcance de las secuelas.

E.X.6. La carga de la prueba. En los supuestos de responsabilidad civil médica, como norma general, la carga de la prueba recae sobre el paciente que alega el incumplimiento o cumplimiento defectuoso, de manera que no ha sido afectada por el fenómeno objetivador que se ha desarrollado con fuerza en los últimos quince años. De esta manera se descarta cualquier intento de objetivación de la responsabilidad del médico, en contra de la general tendencia en esta materia, lo que se entiende como lógica consecuencia de la propia naturaleza de la profesión médica, que conlleva una cierta incertidumbre en cuanto a los resultados.

E.XI.

Del análisis de la jurisprudencia se desprende la posible concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo evento dañoso, permitiendo el Tribunal Supremo el uso alternativo y subsidiario una y otra acción, e

incluso llegando a ser el mismo el que elija una u otra acción en virtud de los hechos. Se incorpora, así, una nueva medida destinada a facilitar el resarcimiento de la víctima.

E. XII.

En virtud de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, junto con la de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa se atribuye competencia exclusiva a esta última en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea la naturaleza de su actividad. Junto a ello, la Ley 4/1999 de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992 suprime la posibilidad de exigir responsabilidad civil al causante material del daño si su acción no está calificada como delito.

Esta reforma afecta a la responsabilidad del médico que presta sus servicios para la Administración sanitaria en la medida en que, en primer lugar, se atribuye de manera expresa el conocimiento de las pretensiones en materia de responsabilidad patrimonial a la jurisdicción contencioso-administrativa y, en segundo lugar, desaparece la posibilidad de demandar en vía civil -salvo en los supuestos en que este tipo de responsabilidad derive de un hecho ilícito- a los profesionales sanitarios que presten sus servicios en la Administración sanitaria.

De esta forma, con carácter general, la exigencia de responsabilidad civil extracontractual al profesional sanitario queda circunscrita a aquellas actuaciones generadoras de daño que se producen en el marco del trabajo por cuenta ajena en la empresa privada o, en su caso, en el del libre ejercicio de la profesión.

ANEXO DE JURISPRUDENCIA

Caracteres de la responsabilidad civil

- Sentencia de 10 de octubre de 1968 (Arz. 4271)
- Sentencia de 28 de marzo de 1985 (Arz. 1252)
- Sentencia de 23 de septiembre de 1988 (Arz. 5864)
- Sentencia de 27 de octubre de 1990 (Arz. 1781)
- Sentencia de 24 de noviembre de 1986 (Arz. 6578)
- Sentencia de 6 de marzo de 1989 (Arz. 1996)
- Sentencia de 27 de octubre de 1990 (Arz. 8053)

Diligencia exigible:

- Sentencia de 15 de abril de 1980 (Arz. 1417)
- Sentencia de 5 de julio de 1989 (Arz. 5297)
- Sentencia de 19 de febrero de 1998 (Arz. 877)

Nexo causal:

- Sentencia de 22 de octubre de 1948 (Arz. 1212)
- Sentencia de 4 de junio de 1980 (Arz. 2399)
- Sentencia de 7 de febrero de 1973 (Arz. 407)
- Sentencia de 28 de diciembre de 1979 (Arz. 4663)
- Sentencia de 30 de diciembre de 1981 (Arz. 1537)
- Sentencia de 28 de marzo de 1983 (Arz. 1646)
- Sentencia de 19 de febrero de 1985 (Arz. 561)
- Sentencia de 23 de enero de 1986 (Arz. 113)
- Sentencia de 10 de febrero de 1987 (Arz. 702)
- Sentencia de 13 de julio de 1987 (Arz. 5488)
- Sentencia de 12 de julio de 1988 (Arz. 5991)

sentencia de 10 de febrero de 1987 (Arz. 702)
 sentencia de 13 de julio de 1987 (Arz. 5488)
 sentencia de 12 de julio de 1988 (Arz. 5991)
 sentencia de 12 de febrero de 1990 (Arz. 677)
 sentencia de 11 de febrero de 1992 (Arz. 1209)
 sentencia de 8 de noviembre de 1993 (Arz. 9785)
 sentencia de 13 de julio de 1998 (Arz. 5411)

Resolución del sistema de responsabilidad por culpa

sentencia de 31 de octubre de 1931
 sentencia de 24 de marzo de 1953 (Arz. 913)
 sentencia de 26 de junio de 1974 (Arz. 3375)
 sentencia de 4 de octubre de 1982 (Arz. 7698)
 sentencia de 28 de febrero de 1983 (Arz. 1083)
 sentencia de 7 de abril de 1983 (Arz. 2104)
 sentencia de 16 de mayo de 1983 (Arz. 2826)
 sentencia de 18 de mayo de 1984 (Arz. 2420)
 sentencia de 6 de junio de 1984 (Arz. 3216)
 sentencia de 25 de junio de 1984 (Arz. 1145)
 sentencia de 12 de diciembre de 1984 (Arz. 6039)
 sentencia de 14 de febrero de 1985 (Arz. 552)
 sentencia de 10 de julio de 1985 (Arz. 3965)
 sentencia de 26 de junio de 1987 (Arz. 9956)
 sentencia de 5 de julio de 1989 (Arz. 5297)
 sentencia de 29 de septiembre de 1989 (Arz. 6392)
 sentencia de 19 de diciembre de 1989 (Arz. 8845)

-
- Sentencia de 21 de abril de 1986 (Arz. 1864)
 - Sentencia de 16 de diciembre de 1987 (Arz. 9511)
 - Sentencia de 8 de octubre de 1988 (Arz. 7393)
 - Sentencia de 14 de noviembre de 1991 (Arz. 1632)
 - Sentencia de 19 de febrero de 1998 (Arz. 877)
 - Sentencia de 15 de junio de 1998 (Arz. 5054)

Responsabilidad de los padres:

- Sentencia de 10 de marzo de 1983 (Arz. 1469)

Responsabilidad del empresario:

- Sentencia de 30 de abril de 1969 (Arz. 2309)
- Sentencia de 23 de febrero de 1976 (Arz. 880)
- Sentencia de 26 de junio de 1984 (Arz. 3256)
- Sentencia de 9 de julio de 1984 (Arz. 3801)
- Sentencia de 16 de diciembre de 1987 (Arz. 9511)
- Sentencia de 26 de junio de 1988 (Arz. 5124)
- Sentencia de 23 de febrero de 1988 (Arz. 6854)
- Sentencia de 24 de febrero de 1994 (Arz. 1427)

Culpa in eligendo o in vigilando:

- Sentencia de 23 de febrero de 1976 (Arz. 880)
- Sentencia de 30 de diciembre de 1981 (Arz. 5357)
- Sentencia de 28 de enero de 1983 (Arz. 393)
- Sentencia de 22 de febrero de 1991 (Arz. 1587)
- Sentencia de 11 de marzo de 1996 (Arz. 2415)

Sentencia de 15 de octubre de 1996 (Arz. 7110)

Sentencia de 7 de abril de 1997 (Arz. 2742)

Sentencia de 22 de julio de 1997 (Arz. 221)

Contrato médico de arrendamiento de servicios:

Sentencia de 16 de febrero de 1935 (Arz. 462)

Sentencia de 18 de enero de 1941 (Arz. 5)

Sentencia de 28 de diciembre de 1979 (Arz. 4663)

Sentencia de 7 de febrero de 1990 (Arz. 668)

Sentencia de 3 de diciembre de 1991 (Arz. 8907)

Sentencia de 15 de febrero de 1992 (Arz. 771)

Sentencia de 11 de febrero de 1997 (Arz. 940)

Sentencia de 28 de junio de 1997 (Arz. 5151)

Sentencia de 31 de diciembre de 1997 (Arz. 9493)

Obligaciones de medios:

Sentencia de 26 de junio de 1986 (Arz. 2824)

Sentencia de 12 de julio de 1988 (Arz. 5991)

Sentencia de 17 de junio de 1989 (Arz. 4696)

Sentencia de 7 de febrero de 1990 (Arz. 668)

Sentencia de 12 de febrero de 1990 (Arz. 677)

Sentencia de 6 de noviembre de 1990 (Arz. 8528)

Sentencia de 11 de marzo de 1991 (Arz. 2209)

Sentencia de 15 de febrero de 1992 (Arz. 771)

Sentencia de 23 de marzo de 1993 (Arz. 9134)

Sentencia de 25 de abril de 1994 (Arz. 3037)

Sentencia de 1 de junio de 1994 (Arz. 4570)
Sentencia de 10 de octubre de 1994 (Arz. 7475)
Sentencia de 15 de octubre de 1996 (Arz. 7112)
Sentencia de 2 de diciembre de 1996 (Arz. 8938)
Sentencia de 25 de enero de 1997 (Arz. 4734)
Sentencia de 7 de mayo de 1997 (Arz. 3874)
Sentencia de 20 de junio de 1997 (Arz. 4881)
Sentencia de 2 de diciembre de 1997 (Arz. 8964)
Sentencia de 13 de febrero de 1997 (Arz. 8816)

Obligaciones médicas. La lex artis ad hoc:

Sentencia de 7 de febrero de 1990 (Arz. 668)
Sentencia de 29 de junio de 1990 (Arz. 4945)
Sentencia de 6 de noviembre de 1990 (8528)
Sentencia de 11 de marzo de 1991 (Arz. 2209)
Sentencia de 22 de abril de 1997 (Arz. 3249)
Sentencia de 12 de diciembre de 1997 (Arz. 8816)

Obligaciones médicas. La información:

Sentencia de 25 de abril de 1994 (Arz. 3037)
Sentencia de 7 de junio de 1994 (Arz. 4897)
Sentencia de 18 de febrero de 1997 (Arz. 1240)
Sentencia de 5 de marzo de 1997 (Arz. 1659)
Sentencia de 6 de junio de 1997 (Arz. 4610)
Sentencia de 7 de junio de 1994 (Arz. 4897)
Sentencia de 27 de junio de 1997 (Arz. 5758)

Sentencia de 28 de junio de 1997 (Arz. 5151)

Sentencia de 2 de octubre de 1997 (Arz. 7405)

Sentencia de 10 de noviembre de 1997 (Arz. 7868)

Culpa médica. Sistema subjetivo:

Sentencia de 12 de julio de 1988 (Arz. 5991)

Sentencia de 8 de febrero de 1991 (Arz. 1157)

Sentencia de 21 de febrero de 1992 (Arz. 1419)

Sentencia de 21 de marzo de 1994 (Arz. 2305)

Sentencia de 26 de septiembre de 1994 (Arz. 7303)

Sentencia de 21 de enero de 1997 (Arz. 4926)

Sentencia de 20 de marzo de 1997 (Arz. 2184)

Sentencia de 10 de noviembre de 1997 (Arz. 7868)

Sentencia de 19 de febrero de 1998 (Arz. 634)

Sentencia de 16 de diciembre de 1997 (Arz. 8690)

BIBLIOGRAFÍA

AAVV. Estudios sobre los orígenes de las universidades españolas. 1ª edic. Salamanca. Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. 1988.

AAVV. La reforma universitaria española. Evaluación e informe. 2ª edic. Madrid. Edit. Consejo de Universidades. 1988.

AAVV. Actas del I Congreso Derecho y Salud. 1ª edic. Madrid. Edit. Asociación Juristas de la Salud. 1993.

AAVV. La responsabilidad de los médicos y los centros hospitalarios frente a los usuarios de la sanidad pública y privada. Actas de la Jornada organizada por la Fundación Ciencias de la Salud. 1ª edic. Madrid. Edit. Fundación Ciencias de la Salud. 1994.

AAVV. Situación jurídica de los pacientes psiquiátricos andaluces. Edit. Junta de Andalucía. 1985.

AAVV. Jornadas Técnicas de las asesorías jurídicas provinciales. 1ª edic. Madrid. Edit. INSALUD. 1991.

AAVV. Responsabilidad del personal sanitario. Actas del seminario conjunto sobre la responsabilidad del personal sanitario. 1ª edic. Madrid. Edit. Consejo General del

Poder Judicial y Ministerio de Sanidad y Consumo. 1994.

AAVV. Los Derechos de los usuarios de los servicios sanitarios Actas del IV Congreso "Derecho y Salud". Vitoria. Edit. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. 1996.

AAVV. Seminario sobre responsabilidad civil del personal sanitario. 1ª edic. Murcia. Edit. Colegio Oficial de Médicos de la Región de Murcia. 1995.

ACHÁVAL, Alfredo. Responsabilidad civil del médico. 2ª edic. Buenos Aires. Edit. Abeledo-Perrot. 1992.

ACKERKNECHT, Erwin H. Medicina y antropología social. 1ª edic. Madrid. Edit. Akal. 1985.

APARICIO, Joaquín. La Seguridad Social y la protección de la salud. 1ª edic. Madrid. Edit. Civitas. 1989.

ARMENTEROS CHAPARRO, Juan Carlos. Objeción de conciencia a los tratamientos médicos. La cuestión de la patria potestad. 1ª edic. Madrid. Edit. Colex. 1997.

ATAZ LÓPEZ, Joaquín. Los médicos y la responsabilidad civil. 1ª edic. Madrid. Edit. Montecorvo. 1985.

BERTRÁN, José María. "Miles de médicos discriminados". Rev. OMC, N° 22 Agosto-Septiembre, 1992. Págs. 19-28.

BLANCO GÓMEZ, Juan José. La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en derecho sustantivo español. 1ª edic. Madrid. Edit. Dykinson. 1999.

CABRERA FORNEIRO, José y FUERTES ROCAÑÍN, José. Psiquiatría y Derecho. Dos ciencias obligadas a entenderse. 1ª edic. Madrid. Edit. Cauce. 1997.

CALCEDO ORDÓÑEZ, Alfredo (ed.). Secreto médico y protección de datos sanitarios en la práctica psiquiátrica. 1ª edic. Madrid. Edit. Médica Panamericana. 2000.

CARRASCO GÓMEZ, Juan José. Responsabilidad médica y psiquiatría. 2ª edic. Madrid. Edit. Colex. 1998.

CASADO, María. Bioética, Derecho y sociedad. 1ª edic. Madrid. Edit. Trotta. 1998.

CASTÁN TOBEÑAS, José. Derecho civil español común y foral. Tomo 4. Derecho de obligaciones. 10ª edic. Madrid. Edit. Reus. 1986.

CAVANILLAS MÚGICA, Santiago. La transformación de la responsabilidad en la jurisprudencia. 1ª edic. Pamplona. Edit. Aranzadi. 1987.

COE, Rodney. Sociología de la Medicina. 1ª edic. Madrid. Edit. Alianza. 1973.

COMITI, Vicent-Pierre. Histoire du droit sanitaire en France. 1ª edic. Edit. Presses Universitaires de France. París. 1994.

CORBELLA i CORBELLA, Jacint. "La responsabilitat del metge i de les institucions sanitàries. Discurso de ingreso en la Real Academia de Medicina de Barcelona. Barcelona. Edit. Real Academia de Medicina de Barcelona. 1985.

CRIADO DEL RÍO, María Teresa. Valoración médico-legal del daño a la persona por responsabilidad civil. 2ª edic. 1995. Madrid. Edit. Fundación Mapfre Medicina. 1995.

CUELLO CONTRERAS, Joaquín. Culpabilidad e imprudencia. De la imprudencia como forma de culpabilidad a la imprudencia como tipo de delito. 1ª edic. Madrid. Edit. Ministerio de Justicia. 1990.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. La responsabilidad civil. 1ª edic. Bilbao. Edit. Universidad de Deusto. 1988

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. "Sobre la Sentencia de la Sala Primera del tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993: Un repertorio de cuestiones de responsabilidad médica". Rev. Derecho y Salud, Vol. 1, Nº 1. Julio-Diciembre, 1993. Págs. 18-32.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Tratado de responsabilidad civil. 1ª edic. Madrid. edit. Cívitas. 1993.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil. 1ª edic. Madrid. Edit. Cívitas. 1994

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba. 1ª edic. Madrid. Edit. Cívitas. 1999.

DE VEGA RUIZ, José Augusto. Tratamiento jurídico del S.I.D.A. 1ª edic. Madrid. Edit. Colex. 1992.

DEL RÍO MARCH, J. A. "Tratamiento de la responsabilidad culposa en el Derecho Histórico". Rev. Información Jurídica, N° 314. Julio-Septiembre, 1972. Págs. 58 y 59.

DÍAZ ALABART, Silvia y ASÚA GONZÁLEZ, Clara. Responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza. 1ª edic. Madrid. Edit. Montecorvo. 2000

DÍAZ-REGAÑON GARCÍA ALCALÁ, Calixto. El régimen de la prueba en la responsabilidad civil médica. 1ª edic. Pamplona. Edit. Aranzadi. 1996.

DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. Sistema de Derecho civil. Vol 1. 5ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1984.

DORADO MARTÍN, Juan José. "Formarse en Medicina de familia en Europa". Rev. El Médico, Nª 571. Mayo, 1995. Págs. 44-58.

ESCOBAR GIL, R. A. Responsabilidad contractual de la Administración Pública. 1ª edic. Bogotá. Edit. Temis. 1989.

ESCUADERO, José Antonio. Curso de Historia del Derecho. Fuentes e instituciones político-administrativas. 2ª edic. Madrid. Edición a cargo del autor. 1995.

FERNÁNDEZ HIERRO, José Manuel. Responsabilidad civil médico-sanitaria. 1ª

GALÁN CORTÉS, Julio Cesar. La responsabilidad civil del médico. 1ª edic. Madrid. Edit. Jarpyo. 1999.

GARCÍA-ANDRADE, José Antonio. Reflexiones sobre la responsabilidad médica. 1ª edic. Madrid. Edit. Edersa. 1998.

GERVAS, Juan. "Médico general a la europea". Rev. El Médico, Nº 507. Noviembre, 1993. Págs. 56-65.

GHERSI, Carlos Alberto. Responsabilidad profesional. 1. Principios generales. 1ª edic. Buenos Aires. Edit. Astrea. 1995.

GINER DE LOS RÍOS Francisco. Escritos sobre la Universidad española. Edic. a cargo de RODRÍGUEZ DE LECEA, T. Madrid. Edit. Espasa-Calpe. 1990.

GOLDENBERG Isidoro. La relación de causalidad en la responsabilidad civil. 1ª edic. Buenos Aires. Edit. Astrea. 1989.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. Tratamientos médicos: Su responsabilidad penal y civil. 1ª edic. Barcelona. Edit. Bosch. 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco y GONZÁLEZ RIVAS, Juan José. Comentarios a la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la Ley 30/1992. 1ª edic. Madrid. Edit. Civitas. 1999.

GONZÁLEZ MORÁN, Luis. La responsabilidad civil del médico. 1ª edic. Barcelona. Edit. Bosch. 1990.

GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel y MOLINOS COBO, Juan. Manual práctico de responsabilidad y defensa de la profesión médica. 1ª edic. Granada. Edit. Comares. 1995.

GRAMUNT FOMBUENA, María Dolores y OTROS. Responsabilidad civil extracontractual. 1ª edic. Barcelona. Edit. Praxis. 1997.

GUERRA, Francisco. Historia de la Medicina. Tomos I y II. 1ª edic. Madrid. Edit. Norma. 1982.

HERMOSÍN BONO, María. (comp. y trad.). Tratados Hipocráticos. 1ª edic. Madrid. Edit. Alianza. 1996.

IBORRA, Pascual. Historia del Protomedicato en España (1477-1822). Edic. a cargo de RIERA, Juan y GRANDA-JUESAS, Juan Salamanca. Edit. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Valladolid. 1987.

IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho privado. 7ª edic. Barcelona. Edit. Ariel. 1984.

JIMÉNEZ DÍAZ, Carlos. La investigación científica y la enseñanza y orientación de la Medicina. 1ª edic. Madrid. Edit. Paz Montalvo. 1952.

JORGE BARREIRO, Agustín. La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1990.

JORNET, J. Malpraxis II. Consecuencias. 1ª edic. Barcelona. Edit. Ancora. 1993.

JORNET, J. Malpraxis. Aspectos legales en la relación médico-enfermo. 1ª edic. Barcelona. Edit. Ancora. 1991.

LAÍN ENTRALGO, Pedro. Historia Universal de la Medicina. Vol. I al VII. 1ª edic. Barcelona. Edit. Salvat. 1972.

LAÍN ENTRALGO, Pedro. Historia de la Medicina. 1ª edic. Barcelona. Edit. Masson-Salvat. 1978.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo II. Derecho de Obligaciones. 1ª edic. Madrid. Edit. Trivium. 1993.

LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. Principios de Derecho Civil. Tomo III. Contratos. 1ª edic. Madrid. Edit. Trivium. 1994.

LIMÓN MENDIZABAL, Carmen. Prestaciones sanitarias en los países de la Comunidad Europea. 1ª edic. Madrid. Edit. Ministerio de Sanidad y Consumo. 1994.

LLAMAS POMBO, Eugenio. La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos. 1ª edic. Madrid. Edit. Trivium. 1988.

LÓPEZ PIÑERO, José María. Medicina, historia y sociedad. 3ª edic. Valencia. Edit. Ariel. 1973.

LÓPEZ PIÑERO, José María. Breve historia de la medicina. 1ª edic. Madrid. Edit. Alianza. 2000.

LÓPEZ- MUÑOZ Y LARRAZ, Gustavo. Defensas en las negligencias médicas. 2ª edic. Edit. Dykinson. Madrid. 1991.

MARTÍN BERNAL, José Manuel. Responsabilidad médica y derecho de los pacientes. 1ª edic. Madrid. Edit. La Ley-Actualidad. 1998.

MARTÍN ZURRO, Antonio. y MONSET CASTELLS, Lluís. “Reflexiones sobre la carrera profesional del especialista en Medicina Familiar y Comunitaria”. Rev. Atención Primaria. Vol. 12. Núm. 4. Septiembre de 1993.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel. Las raíces romanas de la responsabilidad por culpa. 1ª edic. Barcelona. Edit. Bosch. 1993.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho médico. Vol. II. Legislación médica. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1986.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho médico. Vol. III. Jurisprudencia médica 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1986.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. Derecho médico. Vol. I. Derecho médico general y especial. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1986.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. La responsabilidad civil médico-sanitaria. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1992.

MARTÍNEZ-CALCERRADA, Luis. La responsabilidad civil profesional. 1ª edic. Madrid. Edit. Colex. 1996.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La responsabilidad penal del médico y del sanitario. 2ª edic. Madrid. Edit. Colex. 1994.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La responsabilidad civil y penal del anestesista. 1ª edic. Granada. Edit. Comares. 1995.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel. La cirugía estética y su responsabilidad. 1ª edic. Granada. Edit. Comares. 1997

MERINERO MARTÍN, María Jesús. Percepción social de la enfermedad en tiempos de la Ilustración. 1ª edic. Cáceres. Edit. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Extremadura. 1995.

MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. 1ª edic. Madrid. Edit. Cívitas. 2000.

MONTOYA MELGAR, Alfredo y CÁMARA BOTÍA, Alberto. Médicos al servicio de entidades sanitarias privadas. 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1991.

MORILLAS CUEVA, Lorenzo. La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales. 1ª edic. Madrid. Edit. Cívitas. 1984.

MULAS, Alejandro. y AYERRA, Ramón. Los médicos de la Seguridad Social. Legislación y jurisprudencia. Vol I y II. 1ª edic. Madrid. Edit. Digesa. 1980

MUÑOZ MACHADO, Santiago. La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos. 1ª edic. Madrid. 1995.

NUÑEZ PAZ, María Isabel. La responsabilidad de los médicos en Derecho Romano. 1ª edic. a cargo de la autora. Gijón. 1996.

PADRÓN DÍAZ, Carmelo. La profesión de arquitecto. Formación, atribuciones y responsabilidades. 1ª edic. Las Palmas. Edit. Dpto. de Construcción Arquitectónica de la ULPGC y Demarcación de Gran Canaria del C.O.A.C. 1996.

PALAO MORENO, Guillermo. Aspectos internacionales de la responsabilidad civil por servicios. 1ª edic. Granada. Edit. Comares. 1995.

PANTALEÓN, Fernando. Responsabilidad médica y responsabilidad de la Administración. 1ª edic. Madrid. Edit. Civitas. 1995.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. La responsabilidad contractual. Tomo II, vol 1º. Parte Especial. 1ª edic. Edit. Bosch. Barcelona. 1989.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. La responsabilidad extracontractual, aquiliana o dialectal. Tomo II, vol II. Parte Especial. 1ª edic. Edit. Bosch. Barcelona. 1989.

PASCUAL ESTEVILL, Luis. Hacia un concepto de la responsabilidad civil. Tomo I. Parte General. 1ª edic. Edit. Bosch. Barcelona. 1989.

PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, Ángel. La intervención jurídica de la actividad médica: El consentimiento informado. 1ª edic. Madrid. Edit. Dykinson. 1997.

PÉREZ RUIZ, Carlos. La argumentación moral del Tribunal Supremo (1940-1975). 1ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1987.

PÉREZ ALGAR, Félix. Legislación médica. 1ª edic. Madrid. Edit. CGM Servicios Empresariales, S.L. 1996.

PÉREZ DE LEAL, Rosana. Responsabilidad civil del médico. Tendencias clásicas y modernas. 1ª edic. Buenos Aires. Edit. Universidad. 1995

REISER, Stanley Joel. La Medicina y el imperio de la tecnología. 1ª edic. México D.F. Edit. Fondo de la Cultura Económica. 1990.

RHODES, Philip. Introducción a la historia de la Medicina. 1ª edic. Zaragoza. Edit. Acribia, S.A. 1985.

RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel. La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración pública. 1ª edic. Valencia. Edit. Práctica de Derecho. 1997

RODRÍGUEZ DEVESA, José María. Derecho Penal español. Parte general. 9ª edic. Madrid. Edit. Dykinson. 1985.

ROMEO CASABONA, Carlos María. El médico ante el Derecho. 1ª edic. Madrid. Edit. Ministerio de Sanidad y Consumo. 1986.

ROMEO CASABONA, Carlos María. y CASTELLANO ARROYO, María. "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica". Rev. Derecho y Salud, Vol. 1, N° 1. Julio-Diciembre, 1993. Págs. 5-17.

ROMEO CASABONA, Carlos María. (ed.). Responsabilidad penal y responsabilidad civil de los profesionales. XXIIº Coloquio de Derecho Europeo. 1ª edic. Santa Cruz de Tenerife. Edit. Centro de Estudios Criminológicos. 1993.

SANTOS BRIZ, Jaime. La Responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal. Vol. I y II. 6ª edic. Madrid. Edit. Montecorvo. 1991.

SEGOVIA DE ARANA, José María. (coord.) Asistencia médica y universidad. 1ª edic. Madrid. Edit. Framaindustria y Forum Universidad-Empresa. 1989.

SOTO NIETO, Francisco. Responsabilidad civil derivada del accidente automovilístico. Seguro de suscripción obligatoria 1ª edic. Madrid. Edit. La Ley. 1989.

STIGLITZ, Ruben y STIGLITZ, Gabriel. Responsabilidad precontractual. Incumplimiento del deber de información. 1ª edic. Edit. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. 1992.

TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. Manual de historia del Derecho español. 4ª edic. Madrid. Edit. Tecnos. 1983.

TUNC, André. La responsabilité civile. 2ª edic. Edit. Economica. París. 1989.

VILLAR ROJAS, Francisco José. La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites. 1ª edic. Barcelona. Edit. Práxis. 1996.

YUNGANO, Arturo y OTROS. Responsabilidad profesional de los médicos. 2ª

edic. Buenos Aires. Edit. Universidad. 1986.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. La responsabilidad civil del profesional liberal.
1ª edic. Madrid. Edit. Reus. 1989.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad civil contractual y
extracontractual. 1ª edic. Madrid. Edit. Reus. 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Responsabilidad civil contractual y
extracontractual. 1ª edic. Madrid. Edit. Reus. 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. Sistema de responsabilidad civil, contractual
y extracontractual. 1ª edic. Madrid. Edit. Dykinson. 2000

ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil. 1ª edic. Madrid. Edit. Trotta. 1995.