RESPONSABILIDAD MEDICA. TRIBUNAL Y PROCESO

Leonardo Prieto-Castro y Ferrándiz

1. Sería insincero pretender que se desconoce que el ejercicio de la Medicina está suscitando hoy, y cada día con mayor intensidad, graves problemas que no tienen ninguna solución ni en las normas colegiales de la Profesión ni en disposiciones jurídicas legales o reglamentarias directas. El ignorar conscientemente esta realidad, el cerrar los ojos ante la misma creemos que no constituye un buen servicio ni para la Sociedad ni para la profesión médica. El médico es un profesional del que todos dependemos y cuando nos aqueja algún mal o un gran dolor, o en especial, si el hombre siente que su corazón se acelera o disminuye su ritmo o se advierte en su marcha irregularidad, entonces, porque el corazón es el único órgano interno que se percibe que está vivo y se mueve, la persona estaría dispuesta a dar todo por una asistencia médica urgente y una prescripción farmacológica inmediata.

Todo esto que estoy diciendo en abstracto cada uno se lo ha de aplicar en toda su extensión. Por eso, cuando después de haber intervenido en la Real Academia de Jurisprudencia en octubre último, esbozando el tema del derecho médico, con sus facetas de responsabilidad y de proceso médico, contestando a mi fraternal compañero Francisco Bonet, cuando alguien me ha sugerido, más o menos irónicamente, que «procurase no caer enfermo», he pensado que se estaba haciendo presente una idea ancestral, de que el tema de la responsabilidad médica sigue siendo hoy aún, entre nosotros, «materia reservada», mejor diríamos materia que no se puede sacar al aire y de la que, por tanto, no se puede ni se debe hablar.

Pero frente a quienes se colocan en esta actitud, debo decir que hay otras muchas personas y entre ellas no han faltado médicos que se han dirigido a mí, al tener noticia por la Prensa del acto de la Academia, que encarecen la necesidad de suscitar los problemas del derecho médico y de procurar dar soluciones satisfactorias para los sujetos interesados. Y aún diré que un cirujano de gran valía y de una práctica realmente asombrosa, al que quise mostrar mi discurso casi como órgano de censura o, al menos de llamada de atención por si algo en él había que pudiera herir la sensibilidad o molestar la dignidad médicas, me formuló como única objeción la conveniencia de hacer alusiones

directas al estado que la llamada «socialización de la Medicina» ha creado el estamento médico, al ejercicio de la Medicina y a los pacientes.

No está, pues, de más que hoy insistamos en el tratamiento del problema y que lo hagamos en forma predominantemente de diálogo o coloquio, porque me convendría mucho, para adquirir conocimientos de multitud de puntos en los que no estoy versado y para rectificar o reafirmar los que poseo, dada la complejidad que hoy presenta la Medicina y la consiguiente dificultad de establecer conclusiones y sentar principios respecto de ella en su consideración jurídica: lo que nos importa hoy. Me permito, pues, solicitar de todos los presentes que tomen la palabra o intervengan, para ver si conseguimos alguna luz.

2. Es curioso que, si no hemos realizado mal nuestra investigación, en los cuerpos legales históricos españoles posteriores a Las Partidas, ni siquiera en los que encierran mayor cantidad de materiales, como pueden ser la Nueva y la Novísima Recopilación, hemos encontrado nada que se refiera a un estatuto jurídico médico en sentido estricto y menos a posibles responsabilidades contraídas en el ejercicio profesional.

En la Novísima Recopilación existen tres títulos del Libro VIII dedicados al «Real Promedicato y Junta Superior Gubernativa de Medicina» (Tít. X), a «Los médicos, cirujanos y barberos» y a «La cirugía, su estudio y exercio», conteniendo leyes que van desde los Reyes Católicos hasta fechas poco anteriores a la de la Recopilación misma. Se ocupa de la habilitación y modo de ejercicio de la profesión, pero no de aquel aspecto. En 1477 se somete a examen de los protomédicos y alcaldes examinadores mayores a los «físicos», cirujanos, ensalmadores, boticarios, especieros y herbolarios, persiguiendo reiteradamente el intrusismo, y también a los «romancistas». Encontramos disposiciones (leyes) tan curiosas como las que obligan a los médicos a «amonestar» que «se confiesen los dolientes de enfermedades agudas», o establecen un segundo examen de los profesionales que en villas y lugares vuelven a la Corte, de manera muy donosa, para garantizar la solvencia del profesional [1], o se ocupan de cierto aspecto de la deontología, como es la de Don Carlos y Doña Juana, y en su ausencia, del Príncipe Don Felipe, en Va-

1. «Porque se ha visto por experiencia, que, muchos Médicos, Cirujanos y Boticarios después de examinados, se van con partidos a las villas y lugares de estos reynos, y se descuidan en estudiar el tiempo que en ellos asisten, olvidando lo que sabían; y después, habiéndolos conocido, los echan de los tales lugares, y se vuelven a esta nuestra Corte a usar y exercer la dicha Facultad y Artes, con mucho daño de la gente que no los conoce; mandamos, que quando alguno volviere de nuevo a asistir en ella, tenga obligación de presentarse a los Protomédicos para que le examine segunda vez, sin que pague derechos ningunos, para sola la asistencia de la Corte; porque de esta suerte tendrán cuidado de estudiar, o no se atreverán a volver a ella por su insuficiencia, y no habrá tantos hombres ignorantes; so pena que, el que sin presentarse ante los dichos Protomédicos curase, incurra en pena de treinta mil maravedís aplicados por tercias partes, Juez y denunciador, y arca del Protomedicato». (D. Felipe III en el Pardo, pragm. de 7 nov. 1617).

Por lo que se ve, no importaba en la época que los pacientes de las «villas y lugares» fallecieran a manos de médicos ineptos. Los pacientes de la Corte debían disponer de otros médicos. Es una curiosa discriminación histórica.

lladolid (1548), determinando que «por quanto es hecha relación, que en estos nuestros reynos hay muchos Médicos, que tienen hijos ó yernos Boticarios, ó Boticarios que tienen hijos Médicos, y que de recetar los unos en casa de los otros se siguen algunos inconvenientes; y ansímismo nos fué pedido mandásemos, que los Físicos y Médicos recetasen en romance, y que los Boticarios ni especieros no pudiesen vender soliman ni cosa emponzoñosa sin licencia de Médico; mandamos que los Corregidores y Justicias de nuestros reynos, cada uno en su jurisdicción, se informen de lo suso dicho, y provean con justicia lo que convenga».

Es decir, que en estas materias, y ya lo hemos señalado en otra ocasión anterior, se advierten grandes diferencias entre el profesional del Derecho (abogado y procurador) y el de la Medicina. A pesar de que los juristas han sido siempre los principales autores de las leyes y podrían haberse sentido inclinados a rehuir una regulación demasiado completa de sus deberes y responsabilidades, no han hecho así, sino que desde los primeros tiempos de su actuación en la defensa del derecho ajeno, se han sometido a un amplio estatuto de normatividad y de responsabilidades, quedando también implicados los procuradores (aunque la función de éstos no tenga relevancia respecto de la propia de los abogados).

De manera directa se trata de la responsabilidad por negligencia o ignorancia en las Partidas (V,8,10), donde se dice que «E esto que diximos de los orebzes, se entiende también de los otros maestros, e de los Fisicos, de los Cirujanos e de los Albeytares, e de todos los otros que resciben precio para fazer alguna obra o maleçinar alguna cosa, si errare en ella por su culpa, o por mengua de saber». En realidad, en esta ley de Partidas se está sancionando lo que hoy solemos llamar enfermedad o reacción iatrógena, es decir producidas por medicamentos mal elegidos o mal administrados.

Fuera de este atisbo y tal vez de algún otro, que no hemos logrado encontrar, no existen en nuestro sistema jurídico histórico ni actual disposiciones por donde se pueda descubrir una preocupación sobre el derecho y la responsabilidad del Médico. Está claro que ni históricamente ni en nuestros días se ha planteado seriamente el problema acerca de si este profesional debe quedar sujeto a las responsabilidades que son exigibles a cualesquiera otros profesionales, como a todo el mundo, por sus actos; pero no hace falta un discurso extenso para obtener la conclusión de que, al menos cuando unos servicios se prestan mediante una retribución, que llamaremos honorarios, quien entrega éstos tiene derecho a que la otra parte proceda, en lo posible, conforme a la bilateralidad contractual. Cuando no medie nexo de esta clase entonces el título de responsabilidad será otro, el extracontractual.

3. Con la alegación de que los factores que intervienen en el ejercicio profesional médico son innumerables, complicados, imprevisibles y muy individualizados, se llega al resultado de que el médico no puede quedar vinculado ni siquiera por el juramento de Hipócrates ni por el más laxo de Maimónides, pues España es uno de los pocos países donde los médicos no prestan ningún juramento deontológico antes de comenzar a ejercer la profesión; y que su actuación no puede ser juzgada por unos jueces (los únicos de que dispone el Estado) que dicen que desconocen en absoluto la ciencia y el

arte médicos, de manera que, en definitiva, si acuden a peritos, éstos habrían de ser médicos y el juez vendría a deferir a ellos el juicio, y ellos, a su vez, actuarían impulsados por la natural tendencia a la solidaridad profesional: por tanto, nada. Todo esto es, evidentemente metajurídico, cuando no inexacto; pero así están planteadas aproximadamente las cosas.

La idea de que el médico es injuzgable, la idea irresponsabilista (que aún es, lógicamente, anterior a aquélla) no se sustentan por quienes la defienden —estamos seguros— con el propósito de amparar impunidades, sino por causa de la convicción de que es imposible juzgar a la actividad médica. En el Discurso de la Real Academia que antes hemos recordado citamos algunos pasajes de Gregorio Marañón, que tienen gran importancia a causa de la dilatada experiencia profesional del autor y de que no era (ni es) de pensar que desease amparar lo que no mereciera la comprensión de nadie y sí, en cambio, producir el malestar de una Sociedad que estima y respeta grandemente a los médicos, pero no de manera que le lleve a justificar lo que no sea humanamente justificable en la profesión médica.

Marañón se pronunciaba en un prólogo escrito para el libro de Benzo, «La responsabilidad profesional del médico», en 1944, y, por cierto, con bastantes concesiones al mimetismo anglosajón, y ciertos errores jurídicos, escribiendo pasajes como éstos: «Sólo excepcionalmente han sido justos los tribunales que han accedido a la petición de responsabilidad; cuando, por el contrario, han desechado esa petición, han acertado casi siempre». «(...) casos que a veces han servido de pretexto para la condena de un médico, no hay que decir que con notoria injusticia». ¿Cuándo puede exigirse a un médico responsailidad por pura insuficiencia técnica». «Repito que casi nunca». «El enfermo, si se da cuenta de la insuficiencia profesional de su médico, está bien que recurra *(sic)* contra él; pero el juez que ha de atender su reclamación cometerá la más atroz injusticia si condena de plano al médico que ignora los diagnósticos y los tratamientos elementales, y no a los profesores que le dieron el título, capacitándole para ejercer, con tan exiguo caudal de conocimientos, la Medicina».

Con referencia concreta a este último aserto de Marañón decíamos en nuestro citado *Discurso* que la conclusión a que llega, de un juez condenador y además «de plano», esto es, *sine strepitus et figura,* es bastante absurdo, y hoy diríamos, más que absurdo.

Marañón, claramente se ve, se presenta como el gran paladín del irresponsabilismo, con argumentos que no resisten ninguna crítica.

No conocemos ningún otro autor que de un modo tan radical defienda la irresponsabilidad de un estamento que puede incurrir en errores inexcusables y en negligencias graves. Ahora bien, aunque no se diga, la opinión irresponsabilista se halla muy extendida y se muestra hacia el exterior en cualquier ocasión en que un paciente o un familiar formula alguna protesta privada, ya que en España, a diferencia de otros países, hasta ahora sólo en muy pocos casos el error médico o la negligencia médica han llegado a tener estado judicial, no siendo —creemos— exacto ni siquiera hoy (1976) lo que hace unos treinta y dos años (1944) decía también el mismo Marañón, en el lugar citado: «Lo que ahora nos interesa es discurrir sobre el por qué de que esa racional

comprensión del enfermo ante el posible error de la Medicina se haya trocado, de un tiempo a esta parte, en exigencia, en actitud de alerta legalista, con sus pleitos escandalosos y sus discutidas sentencias».

La arraigada mentalidad antirresponsabilista española ha tenido estos días una manifestación ciertamente insólita. Según la Prensa del pasado viernes. día 27 de febrero, veintiún M.I.R. de un Hospital de León habían sido despedidos por hallarse en situación de paro como actitud de solidaridad ante la medida cautelar disciplinaria impuesta a un compañero por habérsele atribuido negligencia en la atención a un enfermo. Es decir, que ni siquiera una medida provisional, a la que ha de acompañar el adecuado expediente, se considera soportable.

Indudablemente, la falta de un derecho médico que desarrolle y haga aplicar una legislación y unos reglamentos médicos demuestra una deficiencia y un estado de atraso jurídico al que se debe poner fin, en beneficio de médicos y pacientes. La gran presión del Derecho Romano sobre nosotros no ha dejado de actuar en diversos ámbitos del derecho de hoy, y si es cierto que en algunos se deja sentir la tutela de ese gran sistema, en otros no ha ocurrido así: mientras que no se nos coloque en trance de rectificar, sostendremos que algunas materias que no fueron contempladas por el repetido sistema se hallan hoy mal reguladas: les ha faltado la tradición milenaria que ha hecho de los sistemas modernos romanistas. por regla general, un buen instrumento de ordenación de la vida privada y social. Un sólo profesional, pero de gran relieve en Roma, el arquitecto (en sentido lato) mereció tres artículos en el Código Civil (uno, a sus obras, y dos a su responsabilidad: 1593, 1591, 1909), y en cambio no hay en él ninguna alusión a la profesión médica, porque el médico sólo muy tarde tuvo consideración en Roma.

4. Para que se pueda construir algún sistema de normas reguladoras de la profesión médica hace falta perentoriamente que se defina cuál es la relación que une al médico con el paciente tanto si éste entra en contacto directo con él, como si a través de un ente al que el facultativo médico pertenezca. Creemos que este último aspecto es tal vez el primero que se ha de tomar en consideración, al ser hoy, por causa de la llamada «socialización de la Medicina», el más frecuente: el antes citado caso del Hospital de León constituye un ejemplo vivo: el médico sujeto a expediente por negligencia se halla unido por una relación de derecho administrativo con el Centro donde presta sus servicios, y no creemos que se encuentre ligado por ninguna relación jurídica con el enfermo, pero éste es el que experimenta de un modo directo, en su propio cuerpo, los efectos de un mal comportamiento profesional del médico que mantiene el repetido Centro hospitalario.

Una situación intermedia es la que se produce por causa de los médicos actuando en grupo. La práctica de la Medicina a través de un ente de tal clase creemos que contribuye notablemente a esfumar responsabilidades y habría que situar éstas de manera inequívoca. Y un problema semejante es el de la multiplicidad de participantes en una intervención médico-quirúrgica (operador, anestesiólogo, etc.). También en estos casos habría que personalizar la responsabilidad por las intervenciones diferenciadas. Todavía es posible pensar en otras combinaciones de participación en el trabajo médico,

pero no creemos que sea de nuestra incumbencia agotar realidades actuales ni hipótesis de futuro, de manera que nos limitamos a lo expuesto (sin perjuicio de lo que los asistentes nos puedan sugerir), por ser bastante para poder entrar en el desarrollo del siguiente entre los puntos propuestos, a saber: la necesidad de formular teorías acerca de la relación o relaciones jurídicas médicas que han de ser reguladas, construyendo así la parte más importante del inaplazable estatuto jurídico médico.

Si queremos evitarnos un penoso trabajo habremos de acudir al realizado por el ilustre Profesor de Derecho Civil Dr. Manuel Gitrama González en los «Estudios de Derecho Público y Privado ofrecido al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano» [2], con el título «Configuración jurídica de los servicios médicos».

Estudia este autor las variantes de la responsabilidad (contractual y extracontractual); la casi indiscutibilidad de que entre médico y paciente se genera una relación contractual; el hecho de que «en ocasiones no actúa la voluntad del enfermo, ya porque transitoriamente carezca de ella (v. gr., caso del accidentado inconsciente), ya por hallarse incapacitado (v. gr., caso del loco), o por tener limitada su capacidad (v. gr., caso del menor), en cuyas hipótesis o son los representantes quienes ponen en juego su propia voluntad o quizá nadie, dando paso de tal modo a un tipo de gestión de negocios ajenos en que el médico es el gestor» (pág. 334), del que nace, según del espíritu del Código Civil, el derecho a honorarios; el caso de ser «conducido el paciente privado del conocimiento a una clínica, por un amigo suyo, a fin de hacerlo reconocer y tratar, situación jurídica más compleja que la de la gestión de negocios ajenos, por tratarse más bien del contrato a favor de tercero» (pág. 338); de una dirección doctrinal (acontractualista) que estima que «los actos de ejercicio de una profesión literaria, científica o artística no constituyen ni locación de servicios ni siquiera mandato, pues no pueden directamente y por sí mismos ser objeto de un contrato obligatorio; de otro criterio que considera la ley como único fundamento y origen de las obligaciones del médicos; de la regla general de que el paciente queda ligado con el facultativo por una relación contractual, y entonces hacen su aparición las figuras del mandato, del arrendamiento de obra, del contrato (relación) de trabajo y del arrendamiento de servicios.

Como conclusión establece el Prof. Gitrama que «si bien el arrendamiento de servicios parece ser el más adecuado ropaje jurídico de la relación médico-paciente, existen situaciones dentro del ejercicio profesional médico que no se ajustan a aquella figura contractual, sino que más bien integran otros distintos tipos de contratos (trabajo, mandato, arrendamiento de obra hecha) o cuasicontrato (gestión de negocios)». Consideraciones como éstas —agrega el autor al que nos venimos refiriendo— han conducido a algunos autores a estimar que los actos referentes al ejercicio de la profesión médica no pueden ser insertados en el molde de un contrato determinado, sino que cons-

2. Tomo I, «Estudios de Derecho Civil», Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho con la colaboración del Colegio Mayor Universitario «Menéndez Pelayo», de Valladolid, 1965.

tituyen una nueva figura contractual, dotada de sustantividad propia e independiente de los tipos contractuales perfilados en las legislaciones de corte romanista y, por tanto, que deben regularse por las reglas del derecho común en materia de obligaciones».

Casi los mismos hitos jurídicos había establecido ya en 1941 el Prof. Bonet Ramón (en su conocido estudio-comentario a una sentencia de la Sala I del Tribunal Supremo que decidió sobre la reclamación de unos honorarios de un médico, por cierto en sentido desestimatorio, a nuestro juicio por una excesiva exigencia en materia de prueba, *Rev. Der. Priv.*, 1941, 160 ss.).

Los textos que hemos recogido aquí nos muestran tal variedad de concepciones jurídicas acerca del ejercicio médico que no hace resultar muy extraño que quienes tan mal colocados jurídicamente están se sientan desligados de toda vinculación jurídica: no se sabe a base de cuáles contratos, figuras extracontractuales o imperativos legales se les podrían exigir determinadas obligaciones y consecuentemente menos todavía con cuál fundamento jurídico civil sería posible una exacción de responsabilidad de esta clase.

Las deficiencias legislativas vienen a ser el mejor apoyo de las tesis irresponsabilistas.

5. Se podría argüir que el derecho positivo ofrece, desde el punto de vista contractualista, las disposiciones que regulan el contrato o relación jurídica de arrendamiento de servicios. En el ámbito extracontractual, el artículo 1.902 del Código Civil, en el penal, las disposiciones que serían aplicables en caso de provocar la muerte de persona socialmente inútil o en el de eutanasia, en el de aborto (arts. 415, 416 del Código Penal), en el de omisión de socorro a las personas (art. 489 bis id.), en el de prescripción abusiva de tóxicos o estupefacientes (art. 344, II), en el de suposición de parto, de sustitución de un niño por otro y ocultación o exposición de un hijo legítimo con ánimo de hacerle perder su estado civil (art. 469), emisión de certificaciones falsas de enfermedad o lesión con el fin de eximir a una persona de algún servicio público (art. 311) y omisión de comunicar inmediatamente a la autoridad la existencia de señales de envenenamiento o de otro delito (art. 576, 1.º: falta), y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, omisión de denuncia de la posible comisión de un delito perseguible de oficio (art. 262, III), sin olvidar tampoco el art. 1967, 2.º, del Código Civil sobre prescripción de acciones para reclamar los honorarios de los «Profesores».

Pero ese conjunto de disposiciones, y alguna más que pueda existir y que nosotros hubiésemos omitido, para lo que sirven es para ponernos sobre aviso respecto de algunos en la gran cantidad de casos y de situaciones en que se pueda hallar el médico y particularmente respecto de la absoluta insuficiencia de la figura del contrato de arrendamiento de servicios que, tal como se encuentra concebido en el Código civil (arts. 1.544 y 1.538 a 1.587), mezclado con el contrato de arrendamiento de obra y pensando en «criado doméstico y amo», «criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados», con una paupérrima regulación, es deprimente considerar que, tal como está, se pueda aplicar a los facultativos médicos.

El derecho español vigente para lo que sirve es para fundar la reclamación de un estatuto jurídico médico en el que se con-

templen todas las facetas, privadas y públicas, contractuales y extracontractuales, penales y procesales penales, y administrativas, y siempre con la exposición de los motivos claros que la justifican: no como finalidad principal la normativa de la exacción de responsabilidades, sino, ante todo, la que tienda a prestar al médico unas garantías de las que hoy carece y a los pacientes unas garantías que en el estado actual de la civilización jurídica han de estar contempladas y reguladas por disposiciones de la categoría que se estime adecuada.

Preciso será evitar toda suspicacia en el tema de la responsabilidad tanto civil como penal y administrativa. Rechazando los tipos contractuales históricos y convencidos de que una construcción legislativa moderna no es preciso que descanse en tales tipos, insuficientes para acoger las formas actuales del ejercicio de la Medicina, antes aludidas, la idea rectora de la regulación preconizada ha de ser que el facultativo médico, en cualquiera de sus especialidades, *no podrá ser gravado en ningún caso* con responsabilidades *por el resultado,* sino con *responsabilidades de medios y de diligencia o comportamiento,* que al fin y al cabo es lo que todos desean, aunque no se hayan decidido nunca (según nuestro conocimiento) a manifestarlo, porque todavía existe la creencia errónea del médico a *legibus solutus.* En los pasajes antes citados de Marañón hay un atisbo de esta especial versión de la responsabilidad profesional.

6. El último punto del esquema trazado comprende una especie de obligado colofón a todo lo expuesto. Para nosotros no tiene valor axiomático la afirmación, antes aludida, de que en un proceso médico, en definitiva, serían otro u otros médicos los que suministrarían la base de la sentencia, porque ello denota que no se conoce bien la distribución de funciones entre juez y perito, sea éste médico o de otra clase. Fue la idea de que se podría administrar justicia más fácilmente, en vista de las peculiaridades del arte y la ciencia médicas, lo que nos indujo a sugerir, en el Discurso de la Real Academia de Jurisprudencia, que se acudiese la escabinato médico, y algunas de las palabras entonces escritas las damos hoy por reproducidas en este lugar: «Una intervención de médicos prestigiosos y de gran experiencia y autoridad, especialmente en cirugía y farmacología, en calidad de escabinos, sería útil para los magistrados, para las partes del proceso, para el Médico y para la Medicina.