

Historia de la responsabilidad penal

Torres C, Abad C*

Instituto de Enseñanza Secundaria Felo Monzón Grau Bassas. Las Palmas de Gran Canaria. Departamento de Ciencias Médicas y Quirúrgicas. Centro de Ciencias de la Salud. ULPGC*.

Introducción

Para Romeo Casabona⁽¹⁾, la Medicina es un compendio de ciencia y arte: "Durante muchos años la Medicina se ha movido dentro de un contexto misterioso y mágico, al actuar en los mecanismos desconocidos de la vida y de la muerte". Al conseguir a través de ella en muchas ocasiones hasta modificar, dentro de ciertos límites, los medios de acción de estos mecanismos, sus ejercientes se vieron rodeados siempre de un sentimiento de admiración y respeto, no exentos a veces de cierto temor ante ese poder por todos los sectores de la sociedad, aun los más cultos y más poderosos. En aquellos momentos los resultados de la Medicina en cuanto al tratamiento de personas enfermas estaban sujetos, no obstante, a un sinnúmero de factores provenientes del azar y de la propia intuición del médico.

Con el tiempo el ejercicio de la Medicina fue ganando la reputación de un verdadero arte, en razón de las dificultades que entrañaba, al ser accesible únicamente a ciertas personas con una dotación intelectual y moral excepcional, a los resultados inimaginables que era capaz de obtener gracias a la habilidad y aporte personal del médico ejerciente; en resumen, a la creatividad que caracteriza a todo arte. A los factores determinantes del éxito ya mencionados más arriba habría que añadir ahora el talento y genio del facultativo, lo que le envolvía y elevaba en un aura de prestigio, confianza y sumisión a su bien hacer.

En la actualidad, y desde hace ya no pocos decenios, la Medicina ha sentado plaza como ciencia dentro de las llamadas experimentales. Y ello en cuanto ha conseguido reducir sus conocimientos a un sistema y a una metodología que permite comprender en ellos su trasfondo, comparar unos con otros fijando sus relaciones de dependencia, establecer o, mejor, ir estableciendo las leyes que los gobiernan, y obtener deducciones de los mismos para asentar nuevas leyes sin olvidar que el proceso de inducción es el principal instrumento de obtención del conocimiento en esta clase de ciencias. Sin embargo, la Medicina, a diferencia de la mayoría de las demás ciencias experimentales, no puede calificarse en nuestros días como una ciencia exacta, pues aunque rigen también en ella los procesos causales y leyes de la naturaleza, son todavía numerosos los mecanismos biológicos y espirituales pues éstos tienen igualmente una importancia capital para la ciencia que nos ocupa del ser humano que son desconocidos o poco conocidos. De ahí que todavía tenga sentido la expresión de «leyes del arte» (*leges artis*), en cuanto supone una magnífica síntesis de lo que la Medicina es en nuestros días: un compendio de ciencia y arte.

Según Criado del Val⁽²⁾, el término «responsabilidad» aparece en nuestro idioma en el Diccionario de Autoridades, de 1737. Se trata de un vocablo procedente de la conjunción del genio creador grie-

go y del genio jurídico romano. Para la Real Academia, el término «responsabilidad» tiene un doble sentido: «*deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de delito, de una culpa o de otra causa legal*» y «*cargo u obligación moral que resulta para uno del posible yerro en cosa o asunto determinado*».

Es un hecho que el auge de la responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión es fenómeno de nuestros días, estudios estadísticos de la Jurisprudencia⁽³⁾ ponen de manifiesto que es a mediados del presente siglo cuando comienzan a abundar las reclamaciones judiciales, si bien autores como Penneau⁽⁴⁾, hablan del primer tercio del pasado siglo como época en la que deja de ser excepcional el encontrar procesos relativos a la responsabilidad médica, a pesar de ello, cabría preguntarse junto con Llamas Pombo⁽⁵⁾ si esa responsabilidad, ¿aparece como algo nuevo en nuestros días? o, por el contrario, ¿existen unas bases legales, doctrinales y jurisprudenciales en la Historia donde apoyarnos a la hora de hacerla efectiva? .

Asimismo, se hace necesario también conocer el carácter que ha tenido y tiene esa responsabilidad, pues no puede tomarse en iguales términos una responsabilidad de orden ético, moral o religioso, que la estrictamente jurídica.

Evolución histórica de la responsabilidad del médico

A lo largo de la Historia, siempre ha existido preocupación e interés por el tema de la responsabilidad médica, siendo la profesión médica la primera en elaborar sus códigos y normas deontológicas en busca de una ética médica que, al lado de los derechos y prerrogativas que conlleva el prestigio so-

Correspondencia:

Carmen Torres
Licenciada en Derecho. D.U. Enfermería.
I.E.S. Felo Monzón Grau Bassas.
Departamento de F.O.L.
Cra. Lomo Blanco, 48.
35015 Las Palmas de Gran Canaria

cial de ese oficio («arte» se diría en los primeros tiempos), se establezca un conjunto de deberes para hacer posible la protección de las personas que hacen uso de sus servicios.

Las primeras regulaciones de la actividad médica no son propiamente de orden jurídico, sino más bien eticodeontológico⁽⁶⁾, aunque no debemos olvidar la estrecha relación que existía entre las exigencias que las sociedades primitivas imponían al médico y las creencias religiosas que daban coercibilidad a esas normas o usos sociales, por lo que es difícil separar los aspectos religiosos de los estrictamente morales.

Las primeras leyes que hacen referencia a la actividad médica, datan según Laín Entralgo⁽⁷⁾ en su *Historia Universal de la Medicina*, de la época de Ur. Namnu, fundador de la tercera dinastía Ur hacia el año 2050 a.C., junta a ellas, el primer texto en ocuparse de la deontología médica es el Código de Hammuraby, rey de la primera dinastía de Babilonia, alrededor del año 2394 a.C., que se conserva en Susa, tallado en veintiuna columnas de piedra, y cuya difusión y observancia parece demostrada en otras civilizaciones de Oriente Medio. Dicho Código dedica un grupo de preceptos a la reglamentación de los derechos y obligaciones de médicos, arquitectos y constructores de barcos, y entre ellos, trece números -del 215 al 227- estrictamente a la profesión médica.

“218. Si un médico ha tratado a un hombre libre de una herida con la lanceta de bronce y ha hecho morir al hombre, o si ha abierto la nube del hombre con la lanceta de bronce y destruye el ojo del hombre, se le cortarán las manos.

219. Si un médico ha tratado una herida grave al esclavo de un plebeyo con el punzón de bronce y lo ha matado devolverá esclavo por esclavo.

220. Si ha abierto la nube con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo, pagará en plata la mitad del precio del esclavo.”

El resto de los números se ocupan de los honorarios del médico según sus tareas y la condición de sus pacientes -libres o esclavos-, la curación de los animales -bueyes y asnos- y las actividades del barbero.

Se ha discutido en la doctrina si los preceptos que transcribimos constituyen ya un atisbo de la responsabilidad objetiva, aunque lo cierto es que dichos preceptos obedecen al sistema retributivo estricto -ojo por ojo, diente por diente-, tanto en orden a la responsabilidad civil como penal⁽⁸⁾.

También en Egipto existió un código de reglas y conocimientos médicos, llamado "Libro Sagrado" que, debían cumplirse estrictamente, bajo pena de muerte para el médico, sin tomar en consideración las consecuencias que la desviación de estas normas tuviera para el paciente; sin embargo, si eran observadas no era posible la exigencia de responsabilidad. Dicho código fue elaborado por los sacerdotes con las declaraciones comprensivas de los síntomas de la enfermedad, que todo paciente debía hacer en el templo.

También Aristóteles⁽⁹⁾ pone un ejemplo de la responsabilidad del médico en Egipto: “entre los egipcios no estaba permitido levantarse antes del tercer día, porque si el médico levantaba antes (al enfermo), lo hacía bajo su responsabilidad.”

En lo que respecta a los médicos griegos de la Antigüedad, existen dudas acerca de si el juramento hipocrático debían cumplimentarlo, aunque lo cierto es que se trataba de un compromiso de carácter ético llevado a cabo ante los dioses, y sigue constituyendo el paradigma de la deontología médica, por lo universal de los principios que establece.

En lo que sí existe unanimidad es a la hora de afirmar que el Juramento Hipocrático no tiene como autor a Hipócrates, sino que forma parte del llamado *Corpus Hippocraticum*, colección de escritos médicos puestos bajo la autoridad del padre de la Medicina. Se considera que el juramento procede de círculos pitagóricos y fue escrito por algún médico de la Escuela de Coan.

Se ha afirmado que el Juramento contiene normas éticas más estrictas que las exigidas legalmente a los médicos griegos y a las contenidas en los escritos de Platón y Aristóteles ya que, además de las relaciones interprofesionales, el juramento hipocrático alude al

secreto médico, al aborto, castración, determinados medicamentos ("droga letal"), al beneficio o perjuicio de los enfermos, etc.

Corbella⁽⁶⁾, pone de manifiesto la diferente naturaleza del Juramento Hipocrático respecto de las normas contenidas en el Código de Hammurabi y así, la segunda parte del Juramento Hipocrático contiene un código ético sobre la forma como el médico debe portarse con el enfermo. El médico ha de poner toda su ciencia al servicio del enfermo, evitando la injusticia y buscando el bien del paciente. Se rechaza la administración de venenos y la utilización de pesarios o sustancias abortivas. La cirugía se deja en manos de los que tienen tal capacidad.

En Grecia no parece existir una responsabilidad del médico en ausencia de elementos de culpa como se desprende del siguiente texto de Platón: “Un médico debe estar libre de todo castigo, ya que alguien es curado por el médico pero muere por sí mismo”⁽⁸⁾.

En el mismo sentido parece manifestarse Alonso Pérez⁽⁹⁾ cuando sostiene que son reveladoras las últimas proposiciones del juramento hipocrático que durante siglos y con variantes accidentales prestaron los médicos con mayor o menor solemnidad: “Si observo mi juramento con fidelidad, séame concedido gozar fielmente mi vida y mi profesión, honrado siempre entre los hombres; si lo quebranto y soy perjuro, caiga sobre mí la suerte contraria.”

Pese a ello, no hay que olvidar que el Juramento Hipocrático no representa una síntesis de la actitud médica ante el enfermo dentro del ámbito griego. La mentalidad helena admira el cuerpo sano y tiende a considerar la enfermedad como un estigma, evidenciándose el profundo contraste entre la ética del *Corpus Hippocraticum* y la conciencia griega, como expresan constantemente en sus obras los grandes pensadores Platón y Aristóteles, sobre el enfermo como un ser "inmoral", y el médico que cura como realizador de un acto cargado de "fealdad". La fealdad y la enfermedad son compañeras naturales de la maldad.

En un principio, en Roma, también desde el punto de vista ético, como aplicación del juramento hipocrático, la profesión médica es-

taba reservada a los esclavos, tratándose muchas veces de esclavos procedentes de Grecia, circunstancia que explicaría el rigor de sus leyes en materia de responsabilidad médica, posteriormente, debido a la afluencia de extranjeros, las tareas curativas eran realizadas por personas de todas las condiciones (libre, liberto o esclavo). Esto explica el empleo de la *cognitio extra ordinem* para el cobro de honorarios en el caso de mandato, ya que dicha figura contractual era la que daba cobertura jurídica a la prestación de servicios médicos cuando la realizaba un hombre libre, evitando así los problemas de gratuidad esencial de dicho contrato⁽¹⁰⁾.

Hay que destacar que en la cultura romana, se recoge jurídicamente lo que hasta entonces no había pasado de ser meros preceptos deontológico. Temas como la impericia, los experimentos peligrosos, el error profesional, el abandono del enfermo una vez comprometido en su curación, etc., aparecen en textos romanos, de los cuales transcribimos una muestra a continuación: "*Imperitia quoque culpae admuneratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit quod eum male secuerit, aut perperam et medicamentum dederit. Praeterea si medicus qui servum tuum securit, dereliquerit curationem, at que id mortuus fuerit servus, culpae reus est.*"

Hic puto ad exemplum aquiliae daudam actionem... in medicum qui negligenter curavit, sive homoperriit, sive debilitatus est...

En cuanto a los delitos cometidos en el ejercicio de la Medicina: *Qui hominem occiderit... qui hominis necandi causa venenum confecerit, dederit..., eadem lege et venefici capite damnatur que atibus odiosis tam veneris quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint... si cui temere cicutam, salamandra, aconitum, mandragoram, cantharidas aut quid listramenti causa dederint, poena teneantur huius legis... poena insulae deportatic est et omnium, bonorum ademptio. Sed solent hodie capite puniri nisi, honestiore loco positi fuerint, quam ut poenam legis sustineant: humiliores solent enim vel bestiis subiici, altiores vero deportantur insulam.*

Señala Martín-Pereda⁽¹¹⁾, que en el Derecho Romano, si el homicidio culposo de un hombre libre no

era en general castigado por la vía del procedimiento ordinario, al que se aplicaba la ley del homicidio y se conminaba con graves penas. Para los juristas entre los varios casos distinguibles se encontraba la muerte ocasionada por la negligencia del médico, supuesto que figura en las fuentes como acto verdaderamente criminal, posteriores, era un requisito indispensable en el homicidio la intención o propósito por lo que se le separó de tal delito, considerándole como extraordinario, esto es, no previsto legalmente.

"*La responsabilidad médica podía darse en tres circunstancias: 1) por el abandono de los cuidados después de la operación; 2) por impericia (haber operado mal) y 3) por la administración inoportuna de algún medicamento*".

Se podía ejercer dos acciones diferentes para la exigencia de responsabilidad a los médicos, dependiendo de la condición del paciente, así si éste era esclavo, el dueño podía ejercitar la acción de la *Lex Aquilia*⁽¹²⁾ para que se indemnizase el daño ocasionado a su propiedad; la indemnización se fijaba con arreglo al valor más alto que hubiera tenido el esclavo en el año precedente, si se producía la muerte, o en el mes anterior, si solamente era herido. Si el paciente era hombre libre, cabía la acción de locación en virtud del arrendamiento de servicios por el que estaba ligado el médico esclavo o liberto.

A este respecto, señalar que, si bien la opinión mayoritaria es que se utilizara una u otra acción, dependiendo de la condición de libre o esclavo del paciente, y que no cabía la acumulación de ambas acciones.

El problema, se presenta cuando tratándose de un paciente libre, y también de un médico libre, no puede acudir a la acción de locación ya que dichos médicos, al no ser de baja condición, no podían vincularse por el contrato de locación (*conductio*)⁽¹³⁾.

Según Llamas Pombo⁽⁵⁾, Plinio se refiere precisamente al supuesto que planteábamos del médico libre, vinculado por el contrato de mandato, y no por la locación-conductio, y consecuentemente excluido de la acción de la locación, cuando el paciente era libre, con lo que tampoco tenía cabida la acción

de la *Lex Aquilia*, explicando así la aparente contradicción entre el texto citado de Plinio y las declaraciones de responsabilidad que recogen los pasajes transcritos anteriormente.

La responsabilidad médica en la tradición visigoda es tratada de manera muy distinta, el médico negligente o incompetente era puesto a disposición de la familia del paciente muerto para que lo matase o lo hiera esclavo. Además, cuando el resultado de la actividad del médico no era satisfactorio, el médico no cobraba sus emolumentos, como si de dos obligaciones de resultado se tratase, si el médico no cumplía su cometido -curar al enfermo, según su compromiso- el contrato había sido incumplido por su parte y cesaba la obligación de pagar esta contraprestación.

Según Corbella⁽⁶⁾, el primer compendio exclusivo de Derecho médico lo constituye el texto de Si-yuan-lu, llevado acabo por Son Ts'eu, médico chino en 1247.

En la Edad Media, la influencia religiosa será la causa de que se vuelva a la concepción deontológica de la responsabilidad del médico. Dicha influencia religiosa se manifiesta en la "*Plegaria del Médico*", de Maimónides, ya en la baja Edad Media.

En lo que respecta a nuestro Derecho histórico⁽¹⁴⁾, la Ley VI del Título I del Libro XI del Fuero Juzgo, establece que: *si algún físico sangrare algún omne libre, si enflaqueciere con sangría, el físico debe pechar C. e L. sueldos. E si muriere metan el físico en poder de los parientes que hagan del lo que quisieren. e si el siervo enflaqueciere, e muriere por sangría, entregare otro tal siervo a su sennor.*

En contraposición, la Ley VII del mismo Título, excluía de la prisión al médico, salvo que no fuera conocido o en caso de homicidio: *Nengun omne meta físico en cárcel, manguer que non seya conocido fueras ende por omecillo. E si deviere alguna cosa, dé buen fiador.*

El Fuero Real en la Ley I del Título XVI del Libro IV, después de establecer la prohibición del ejercicio de físico o de maestro de llagas, sin haber sido aprobado por bueno por los físicos de la villa y por otorgamiento de Alcaldes, añade: *... e si matare o lisiare home, o muger, el cuerpo, e lo que hubiere, sea a*

merced del Rey, si fijos no hubiere: é si fijos hubiere, hereden sus hijos el haber, y el cuerpo sea a merced del Rey.

Según la Ley II del mismo Título, se perdían los honorarios en caso de resultado desfavorable: *"Si algún físico o maestro de llagas tomare a alguno en guarda por pleyto que lo sane, e si ante que sea sano de aquella enfermedad muriere, no pueda demandar el precio que habia tajado: y esto mesmo sea si puso de sanarlo á plazo señalado, é no lo sanó.*

En las Partidas, tenemos que en la Ley IX del Título XV de la Séptima, también se recoge el resarcimiento del daño ocasionado por la actividad médica a libres y siervos, el abandono del paciente una vez comenzado el tratamiento y las penas en caso de muerte: *"Físico y çurujano, o albeytar, que touiese en su guarda sieruo, o bestia, de algund ome, e la tajas-se, o la quemasse, o la amezezínasse, de manera que por el amezezínamiento que le fiziesse muriessse el sieruo, o la bestia, o fincasse lisiado; tenuto seria qualquier dellos, de facer emienda a su señor, del daño que le viniessse, por tal razon como esta, en su sieruo o en su bestia. Esso mismo seria, quando el Físico, o el çurujano, o el albeytar comencasse a melezinar el ome o la bestia, e despues lo desamparasse. Ca tenuto seria de pechar con el daño, que acaessiese por tal razon como esta. Pero si el ome que muriessse por culpa del Físico, o del Çurujano, fuesse libre, entonces, aquel por cuya culpa muriessse, deve auer pena segund aluedrio del Judgador.*

En la Ley VI del Título VIII de la Séptima se establecen penas para los que fingen tener mayores conocimientos médicos de los que verdaderamente poseen: *"...E acaesse a las vegadas que porque non son tan sabidores como fazen la demuestra, mueren algunos enfermos o llagados por culpa dello. E dezimos por ende que si algun físico diessse tan fuerte melezina, o aquella que non deve a algund ome o mujer que tuuise en guardia, si se muriessse el enfermo, o si algund çurujano fendiesse algun llagado, o le aserrase en la cabeza, o le quemasse nervios, o huesos de manera que muriessse por ende, o si algun ome o muger diessse yervas, o melezina a otra muger porque se empreñase, e muriessse por ello, que cada uno de los que tal yerro fazen deve ser desterrado en alguna yslla por cinco años, porque fue en gran culpa trabajándose de lo que non sabía tan ciertamente como era menester, e de como fazía muestra, e demás deven ser*

defendido que non se trabaje deste menester. E se por aventura el que muriessse por culpa del físico, o del çurujano fuesse sieruo, devo pechar a su señor segun aluedrio de omes buenos. Pero si alguno de los físicos o de los çurujanos a sabiendas e maliciosamente fiziesen alguno de los yerros sobreduchos deven morir por ende. Otrosí dezimos que los boticarios que dan a los omes a comer o a beuer escamonea, o otra melezina fuerte, sin mandado de los físicos, si alguno beuiendola se muriessse por ello. deve auer el que la diessse pena de omicida.

Asimismo, en la Ley 10 del Título VIII de la Quinta, se establece la obligación de resarcir por los daños causados por "culpa o por mengua de saber": "como los oreces e los otros menestrales son tenudos de pechar las piedras e las otras cosas que quebrantaren por su culpa, o por mengua de sabiduría, esto que diximos de los oreces, se entiende también de los otros maestros, e de los Físicos, de los çurujanos e de los albeytares, e de todos los otros que resciben precio, para facer alguna obra, o melezinar alguna cosa, si errare en ella por culpa, o por mengua de saber.

Los Títulos XV a XVIII del Libro II de la Nueva Recopilación pasan sustancialmente a constituir los Títulos X, XI, XII y XIV de la Novísima, regulando la profesión médica y su organización⁽⁵⁾, pero sin hacer referencia alguna a la responsabilidad criminal nacida de su legítimo ejercicio, por torpeza o negligencia, que debió seguir regulándose por los textos de las Partidas y del Fuero Real⁽¹¹⁾.

A finales del siglo XVIII, principios del XIX es cuando, sobre todo en Francia, comienza una preocupación importante por el tema de la responsabilidad médica en los medios jurisprudenciales y doctrinales⁽⁴⁾. Dicha preocupación no se traslada a la vía legislativa, donde se omite toda alusión en este sentido; pensemos que los Códigos civiles de la órbita napoleónica olvidan por completo la regulación de las profesiones liberales. Sí hay que destacar el Código Thomas Percival, que expresaba modelos de moralidad que contrastaban con la conducta agresiva de los médicos británicos de la época, situándose en la línea hipocrática, en la parte dedicada al trato con los enfermos⁽⁵⁾.

Al respecto, Martínez-Pereda⁽¹¹⁾, señala que en Francia en el siglo

XIX, "los Tribunales, por un ciego respeto a la superioridad de la ciencia, rehuyeron el enjuiciamiento de las conductas de los profesionales del saber médico, los que, por otra parte, habían requerido siempre el máximo de libertad para su actuación en unos conocimientos que, en parte, han progresado a costa de errores".

En lo que respecta a la codificación penal de nuestro país, en un principio en el siglo XIX, el Código de 1822 denominó culpa al delito imprudente y definió la culpa en su artículo segundo, señalando que "comete culpa el que libremente, pero sin malicia infringe la ley por alguna causa que puede y debe evitar", y el Código de 1828, que la ubicó dentro de la Parte General en los artículos 33 y 34. Posteriormente, se produjo un cambio profundo en la regulación de esta materia y así, los Códigos de 1848, 1850, 1860, 1932, 1944 y sus sucesivas reformas enclavaron la imprudencia dentro del Libro II. "De los delitos en particular".

El Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), adopta un sistema diferente, recogiendo en su artículo 12 que "las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la Ley", con lo que sustituye el precedente criterio del crimen culpae, especificando en su catálogo de infracciones los delitos concretos que pueden cometerse por imprudencia, crímina culposa.

La responsabilidad profesional

Es en el siglo XX cuando se produce la plena asunción de la responsabilidad del médico, señalando al respecto De La Oliva⁽¹⁴⁾, que existe en el aspecto de la responsabilidad médica una doble revolución, biológica y jurídica. La primera porque el papel del médico ha cambiado extraordinariamente de un siglo a esta parte. La segunda, porque cuando el hombre de nuestros días experimenta un perjuicio, tiende a identificarlo con una injusticia, y busca un responsable para la misma.

Romeo Casabona⁽¹⁾, relaciona la propia evolución experimentada en la actividad profesional en general con el auge de la responsabilidad que de la misma pueda deri-

vase, señalando que dicha evolución se ha producido por diversos motivos:

1. Una mayor demanda de los servicios profesionales de toda índole y naturaleza. Esta situación está motivada por el aumento del nivel de bienestar global en nuestro entorno cultural y social, lo que ha propiciado una mayor capacidad económica para solicitar servicios profesionales y el acceso masivo a los bienes de consumo.

2. La existencia de una mayor oferta de servicios profesionales nuevos o más especializados, a la vez que el desarrollo tecnológico y científico, su conocimiento y sus aplicaciones han permitido al mismo tiempo poner a disposición de la sociedad no sólo aquéllos, sino también bienes de consumo en mayor cantidad, calidad de prestaciones y a precios por lo general más accesibles.

El incremento de las prestaciones profesionales en esa doble vertiente de oferta y demanda es uno de los factores desencadenantes de la mayor complejidad actual de las relaciones entre profesionales y clientes.

3. Los profesionales se han visto de este modo obligados a valerse de conocimientos y habilidades cada vez más profundos y especializados para poder realizar adecuada y correctamente la actividad profesional respectiva. La Medicina de nuestros días, técnica y compleja, ha conducido a un nuevo tipo de médico, que caracteriza sobre todo a las más jóvenes generaciones de profesionales: el médico intuitivo, habilidoso, individualista, ha ido dejando paso al técnico, experto, que se integra en el engranaje de la estructura sanitaria -principalmente hospitalaria- que es capaz de analizar y valorar una serie de datos cada vez más precisos sobre su paciente, que requiere de material e instrumentos paulatinamente más sofisticados e imprescindibles, que debe hacer uso, cada vez con más frecuencia, de las aportaciones de la Biofísica, Bioquímica, Farmacología, etc.⁽⁴⁾

Ello, a su vez, ha puesto de manifiesto otras características:

a) Aumento de las obligaciones que debe cumplir el profesional en su desempeño, que discurren desde las generales de la necesidad de una mayor preparación y cualificación, hasta las específicas que le vinculan con cada cliente en concreto, como el deber de información, por un lado, y el de secreto, por otro.

b) Las prestaciones cada vez más amplias y efectivas generan como consecuencia necesaria (dentro de unos límites) la asunción por parte de los profesionales de peligros y riesgos mayores para sus clientes o para la colectividad en cuanto tal. El ejercicio de la Medicina ha ido convirtiéndose progresivamente por este proceso en una actividad compleja e interdependiente. Además, nos encontramos con que la disposición de medios más eficaces, pero también más agresivos para el organismo humano ha puesto de manifiesto que la actividad médica curativa puede llevar aparejados en ciertas ocasiones riesgos considerables para el paciente, secundarios al tratamiento mismo.

c) La posesión de tales conocimientos más especializados y profundos ha modificado sustancialmente las tradicionales relaciones entre profesional y cliente, que se concretan en:

1) distanciamiento entre ambos por la respectiva condición de experto y profano o lego, lo cual es en ocasiones también fuente de un clima de desconfianza, que en cierta medida ha desplazado la tradicional y deseable relación de confianza entre profesional y cliente.

A este respecto, Llamas Pombo⁽⁵⁾, señala que se debería lograr un equilibrio de fuerzas entre los legítimos intereses del paciente y la propia función médica ya que, si tal equilibrio se rompe, las repercusiones pueden ser bastante graves. Desde el punto de vista del paciente, y ante una sensación general

de inseguridad e indefensión frente a la función sanitaria, desaparece la confianza necesaria que se deposita en el médico, con lo que la eficacia misma del tratamiento puede verse disminuida, debido a la influencia que adquiere en la curación el aspecto psicológico. Desde el punto de vista del médico, parece difícil que ejerza competentemente su actividad bajo la «espada de Damocles» que representa la posibilidad inminente de una exigencia de responsabilidad, no siempre en un proceso civil, sino muy frecuentemente en uno penal, con las connotaciones sociales del mismo. Amenaza que no puede convertirse en la motivación esencial en el desempeño de la Medicina, que debe permanecer fiel a criterios científicos y racionales. Alude Romeo Casabona⁽⁴⁾ a lo perjudicial de una «medicina defensiva», tanto para el facultativo como para el paciente, en la que se obstaculiza y se encarece el tratamiento en prevención de posibles reclamaciones de responsabilidad. El médico ha de convencerse, como acertadamente ha señalado Romeo Casabona⁽⁴⁾, de que el Derecho no es una «maquina rígida e implacable, atenta a reprimir la menor desviación en el ejercicio de su actividad», sino que la protección eficaz del paciente frente a las consecuencias de actos médicos culpables, «constituye un elemento disuasorio y selectivo que tiende a elevar el nivel del ejercicio profesional».

2) mayor necesidad de los profanos (los potenciales clientes) de acudir a los expertos (los profesionales) para valerse de sus criterios, de sus conocimientos y de sus capacidades; esta necesidad de acudir al experto se concreta en una cada vez mayor lógica dependencia hacia el mismo, así como (paradójicamente con lo manifestado más arri-

ba) en tener que confiar en él, en su cualificación;

- 3) situación de privilegio del profesional, al haber incrementado sus prerrogativas (las que se derivan en sí mismas del poder que supone todo conocimiento o información en posesión de unos pocos).

Para Llamas Pombo⁽⁵⁾, sólo el empleo de sofisticadas técnicas de anestesia, de rayos X con fines tanto diagnósticos como terapéuticos y un sinnúmero de avances científicos circunscribibles a los últimos cincuenta años explican la necesidad de que el Derecho (principalmente los Tribunales y la doctrina) tome en consideración la exigencia de responsabilidad que la sociedad actual reclama.

Según el mismo autor, desde el punto de vista estrictamente jurídico, también se han sentado las bases de una nueva responsabilidad médica, y ello debido a que, la dualidad Ética y Derecho, deontología y legalidad se puso de relieve claramente en el pasado siglo XX. Tal vez es a partir del proceso de Nurember contra los médicos nazis, cuando fundamentalmente la cultura anglosajona en particular provoca la creación de instrumentos supranacionales de regulación de la conducta médica, con afán de elaborar una ética médica de carácter universal (en el tiempo y en el espacio), con todas las limitaciones que esto conlleva.

Para Savatier⁽¹⁵⁾, las nuevas técnicas de producción en masa, la sustitución del elemento humano por el mecánico en el proceso productivo, la multiplicación de agentes intermedios entre el primer productor y el consumidor, el manejo por el hombre de instrumentos y fuerzas de la naturaleza cada vez más poderosos y peligrosos son, entre otros muchos, factores que han provocado un aumento singular en el número de accidentes con consecuencias dañosas para el hombre. Estos factores han determinado la implantación de cierta conciencia en nuestra sociedad, que Savatier⁽¹⁵⁾ resume en dos ideas fundamentales: por una parte, la de que todo riesgo debe tener un garante y todo daño un responsable, es decir, no puede dejarse un perjuicio sin reparación, y muy especialmente cuando tal perjuicio

afecta a personas y no a bienes. La segunda idea consiste en que es la sociedad quien aparece, en definitiva, como deudor general de estas indemnizaciones individuales⁽¹⁵⁾.

Según Rico Pérez⁽¹⁶⁾, esta preocupación creciente por la tutela del perjudicado en actos profesionales médicos, se debe a diversos factores, entre los que cita los psicológicos, sociológicos, técnicos, económicos, publicitarios y profesionales.

A este respecto, Llamas Pombo⁽⁵⁾, hace referencia a una serie de causas que habrían influido en el auge del tema de la responsabilidad profesional:

- 1) La despersonalización en el ejercicio de la Medicina, dado que si la misma conlleva importantes consecuencias en cuanto a la prestación sanitaria e incluso a su calidad, no es menos cierto que también implica que el paciente no se considere ligado personalmente a «su médico», y psicológicamente necesite adoptar una actitud defensiva frente a una organización sanitaria que desborda su comprensión.
- 2) La desmitificación a que está sometida en la actualidad la actividad de los profesionales liberales, frente a una «fe ciega», concretando al caso del médico y del paciente, aparece una mentalidad de cierta fiscalización de la actividad profesional como consecuencia de la divulgación popular de la ciencia que sirve de apoyo al desenvolvimiento de dicha actividad. A este respecto Carbonier⁽¹⁷⁾ señala que las víctimas de un accidente en general, y muy en particular de un accidente médico, no aceptan ya el resignarse a un «destino fatal» y buscan un responsable de su infortunio. Este fenómeno ha sido relacionado con la vulgarización de la ciencia médica, a causa de una simplificación inexacta, que ha hecho creer en las posibilidades infinitas de la medicina que muchas veces no coinciden con la realidad.
- 3) La frecuencia con que los medios de comunicación

«denuncian» supuestos de pretendida responsabilidad médica⁽¹¹⁾, circunstancia que ha sido criticada a menudo por la doctrina francesa, comenzando en la actualidad a dejarse notar en nuestro país esa psicosis ya casi superada en Estados Unidos⁽¹¹⁾, calificada por Marañón de "fiebre de la responsabilidad".

- 4) La presencia del seguro de responsabilidad civil⁽¹⁸⁾. Si bien está claro que el seguro aparece como consecuencia de la generalización de las exigencias de responsabilidad civil, y para solucionar los problemas de insolvencia que representa, no es menos cierto que también ha contribuido a la evolución de la responsabilidad civil.

La existencia de un seguro de responsabilidad civil hace más fácil que prosperen las reclamaciones de reparación de daños, por la certidumbre de la solvencia del responsable con la cual se garantiza la protección de las víctimas, pero también se empuja el «carro de la responsabilidad» hacia hipotéticos sujetos generadores de daños sin ningún miramiento, puesto que, en definitiva, y como expresa bien el lenguaje popular, «paga el seguro». Se olvida así que en el caso de un profesional como el médico, el seguro de responsabilidad civil no cubre el desprestigio que supone el verse inmerso en un procedimiento judicial en el que queda en entredicho la propia competencia profesional, y no lo cubre, entre otras razones, por la dificultad que supone valorar económicamente ese perjuicio; y ello a pesar de las elevadas primas que conlleva este tipo de seguro.

Fernández Costales⁽¹⁹⁾, por su parte, afirma que la salud es patrimonio de la sociedad, no es exclusiva de un profesional, por lo que considera necesaria la regulación y sistematización legal de la asistencia sanitaria en general y considera que "el reconocimiento de esta cuestión hace que el Derecho se interese cada vez más en la Medicina, teniendo en cuenta que el desarrollo de esta Ciencia ha sido especialmente intenso y ello incide de forma directa en su regulación legal".

BIBLIOGRAFÍA

1. Romeo Casabona CM. El médico ante el Derecho. Ministerio de Sanidad y Consumo. Madrid. 1985.
2. Criado del Val M. Derecho. Publicación Tapia. 1983.
3. Boyer Chamard G, Monzein P. La responsabilité medicale. Presses universitaires de France. Paris. 1974.
4. Penneau J. La responsabilité medicale. Sirey. Paris. 1977.
5. Llamas Pombo E. La responsabilidad del médico. Editorial Trivium. Madrid. 1988.
6. Corbella J. La responsabilitat del metge y de les institucions sanitàries. Discurso de ingreso de la Real Academia de Medicina. Barcelona. 1985.
7. Laín Entralgo P. Historia universal de la medicina. Política. Libro II. Capítulo II. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1951.
8. Pabón M, Fernández Galiano M. Platón. Las leyes IX. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1960.
9. Alonso Pérez M. Prólogo. En Llamas Pombo E. La responsabilidad del Médico. Editorial Trivium. Madrid. 1988.
10. Michel J. Gratuite en droit romain. Université Libre de Bruxelles. Bruxelles. 1962.
11. Martínez-Pereda JM. La responsabilidad penal del médico y del sanitario. Editorial Colex. Madrid. 1994.
12. García Garrido JM. Derecho privado romano. Editorial Dikinson. Madrid 1989.
13. González Morán L. El contrato médico y problemas actuales de asistencia médica. Tesis Doctoral. Universidad de Oviedo. 1985.
14. De la Oliva A. La responsabilidad civil del médico en Francia. ADC editores. Paris. 1950.
15. Savatier R. Les metamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui. Panorama des mutations. Dalloz editores. Paris. 1964.
16. Rico Pérez F. La responsabilidad civil del farmacéutico. Editorial Trivium. Madrid. 1984.
17. Carbonier J. Droit civil. Press Universitaire de France. Paris. 1975.
18. Calzada Conde MA. El seguro voluntario de responsabilidad civil. Editorial Montercorvo. Madrid. 1983.
19. Fernández Costales J. La responsabilidad civil sanitaria. Colección Doctrina y Jurisprudencia. Madrid. 1995.