

# HACIA UN ESTATUTO DEL ENFERMO HOSPITALIZADO

POR

JUAN PEMÁN GAVÍN

Departamento de Derecho Administrativo  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN: LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENFERMO EN LOS HOSPITALES PÚBLICOS.—II. ACCIONES Y MOVIMIENTOS EN DEFENSA DE LOS ENFERMOS EN LOS HOSPITALES: 1. Francia: la política de «humanización» de los hospitales públicos. 2. Estados Unidos: la insuficiencia de la protección del enfermo a través de las acciones de responsabilidad. 3. Italia: el movimiento ciudadano de defensa de los derechos de los enfermos.—III. LAS NORMAS DEL R. D. 2082/1978 SOBRE «GARANTÍAS DE LOS USUARIOS». ASPECTOS GENERALES. LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO HOSPITALARIO. — V. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE A LAS PRESTACIONES DIAGNÓSTICAS Y CURATIVAS.—VI. EL DERECHO DE INFORMACIÓN SOBRE SU ESTADO DE SALUD.—VII. EL SECRETO MÉDICO EN EL HOSPITAL. VIII. OTROS DERECHOS. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. CONSIDERACIÓN FINAL.

## I. INTRODUCCIÓN: LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ENFERMO EN LOS HOSPITALES PÚBLICOS

La persona que ingresa en un hospital público deviene *usuario de un servicio público* y, en cuanto tal, su situación jurídica se rige por la normativa propia del servicio: es *estatutaria*, en el sentido de que sus derechos y obligaciones vienen determinados por las leyes y reglamentos que se refieren al hospital, completados por el Reglamento de régimen interior del mismo. En el aspecto pasivo queda sometido a una potestad especial de sujeción —especialmente intensa, ya que toda su existencia pasa a desarrollarse en el hospital—, que se manifiesta en el sometimiento a la disciplina interna del centro (horarios, visitas, posibles sanciones, etc.) (1).

Se comprende que en la regulación de esta materia se deba buscar un equilibrio, no siempre fácil, entre las necesidades de funcionamiento de unos centros organizativamente muy complejos (por el número de enfermos, la abundancia y variedad del personal que

---

(1) Para una caracterización general de la figura del usuario de los servicios públicos en Derecho español, véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, II, Madrid, 1981, pp. 70 y ss.

presta sus servicios, el número de unidades, etc.) y el respeto a la individualidad y dignidad del paciente, como destinatario último de toda la actividad hospitalaria.

Esta relación jurídica de utilización de un servicio público puede superponerse a otra relación previamente existente con el ente titular del hospital. Así sucede, de hecho, en los hospitales de la Seguridad Social: a la relación de afiliación a la Seguridad Social, que da derecho a las prestaciones sanitarias, y entre ellas la asistencia hospitalaria (2), se superpone, una vez que se produce el ingreso en el hospital, la relación de utilización del servicio público hospitalario. A esta relación se aplica la normativa propia del hospital, que en el caso de los hospitales de la Seguridad Social está contenida en el Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, aprobado por Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972 (arts. 132 y ss., y especialmente arts. 148 a 156), y en el correspondiente Reglamento de régimen interior del centro de que se trate.

En cambio, esta última relación de utilización de un servicio público es la única existente en los casos en que un sujeto no beneficiario de la Seguridad Social ingresa en un centro de la misma, hecho que tiene lugar en casos de urgencia y también, al margen de ello, cuando los medios asistenciales ajenos a la Seguridad Social existentes en el lugar no permitan llevar a cabo un tratamiento (3).

Hay que decir, sin embargo, que esta situación jurídica ha carecido en nuestro país de una regulación general hasta tiempos bien recientes. No ha existido un estatuto general del usuario de los servicios hospitalarios que precisara sus derechos y obligaciones. Solamente en el ámbito de los centros de la Seguridad Social

---

(2) Más exacto es decir que el derecho a las prestaciones nace desde el momento en que existe obligación legal de afiliación, puesto que el trabajador tiene derecho a las prestaciones con independencia del cumplimiento por el empresario de las obligaciones de afiliación, alta y cotización, y ello en base al llamado *principio de automaticidad de las prestaciones*. Véase M. ALONSO OLEA: *Instituciones de Seguridad Social*, 8.ª ed., Madrid, Civitas, 1982, p. 180.

(3) Véanse artículos 142 a 146 del citado Reglamento de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. En tal caso se dispone que el sostenimiento del coste de la asistencia corresponde al interesado o a la persona o entidad responsable, de acuerdo con las tarifas de los servicios hospitalarios (art. 143), estando obligados tales usuarios a constituir un depósito previo que cubra los gastos hospitalarios presumibles, salvo en el caso de hospitalización urgente, en cuyo caso tal depósito habrá de constituirse en las primeras cuarenta y ocho horas (art. 144). En todo caso, los enfermos no protegidos por la Seguridad Social no podrán ocupar más del 5 por 100 de la dotación de camas de un centro (art. 145).

había unos preceptos de general aplicación en el mencionado Reglamento de Instituciones Sanitarias. Para los demás hospitales del Estado o de las Corporaciones Locales había que estar a la normativa específica de cada centro o grupo de centros (4). Los escasos preceptos de la normativa estatal que han incidido sobre la materia se han referido a aspectos concretos y no precisamente bajo la óptica de la protección de la personalidad y dignidad del paciente. Es el caso del Decreto de 27 de enero de 1941 que dispuso la utilización de los enfermos de Beneficencia a efectos de la enseñanza de la Medicina (5).

La falta de una normativa «garantista» sobre esta materia no puede sorprender si se considera el marco en el que tradicionalmente se ha desarrollado la actividad asistencial del Estado en materia sanitaria.

En realidad, tal actividad asistencial fue siempre algo marginal dentro de la función sanitaria del Estado liberal, como han puesto de relieve los estudios sobre la Administración sanitaria (6). El inicio de una actividad prestacional en este campo, es decir, de una preocupación por la salud del individuo concreto y de su curación, tuvo lugar a través de la Beneficencia, como un aspecto más de la asistencia prestada a los pobres o indigentes (7). Se trataba de una

(4) Un resumen de las características de los centros existentes en 1967 en el ámbito benéfico y sanitario, así como de la legislación aplicable en cada caso, puede verse en la *Guía de actividades públicas asistenciales*, Secretaría General Técnica del Ministerio de la Gobernación, Colección Documentos, núm. 3, Madrid, 1967, páginas 93 y ss.

(5) Véase artículo 5 del mencionado Decreto. A esta cuestión se refirió MUÑOZ MACHADO en su estudio sobre *El secreto médico*, en el núm. 79 de esta REVISTA (1976), pp. 163 y ss., 175-176.

(6) El núcleo casi exclusivo de la Administración sanitaria ha sido tradicionalmente el de la protección de la salud colectiva a través de la prohibición y represión de aquellas conductas que podían ponerla en peligro (*policía sanitaria*). Esta es todavía la concepción presente en la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944 (véase especialmente la base única de su Título Preliminar). Véase sobre ello L. MORELL OCAÑA: *La evolución y configuración actual de la actividad administrativa sanitaria*, núm. 63 de esta REVISTA (1970), pp. 131 y ss., especialmente pp. 136 y ss. Un completo panorama histórico de nuestra Administración sanitaria puede verse en el libro de S. MUÑOZ MACHADO: *La sanidad pública en España*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, estudio en el cual esta configuración tradicional de la Administración sanitaria constituye una de las tesis fundamentales.

(7) La afirmación del carácter originariamente benéfico de la asistencia sanitaria pública puede verse en J. ORTIZ DÍAZ: *Hacia una reordenación de la sanidad pública española: el problema hospitalario*, núm. 51 de esta REVISTA (1966), pp. 151 y ss. (153 y ss.). También en MORELL OCAÑA: *ob. cit.*, pp. 144 y ss., y en MUÑOZ MACHADO: *La sanidad pública*, pp. 29-32.

Sobre el concepto de beneficencia (pública y privada), véanse los estudios de R. BARDENES GASSET: *Beneficencia*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. III, Barcelona, 1951, pp. 304 y ss.; A. GUAITA: *Derecho Administrativo Especial*, II, Zaragoza, 1965,

ayuda otorgada gratuitamente por centros públicos o privados a quienes acreditasen su condición de indigentes, sin que existiera propiamente un verdadero derecho subjetivo al disfrute de tales prestaciones (8).

Los centros de la Beneficencia, los creados en relación con determinados tipos de enfermedades cualificadas o socialmente relevantes (enfermedades contagiosas, psiquiátricas, etc.) (9) y los establecidos por las Corporaciones Locales en el ejercicio de sus competencias en materia sanitaria (especialmente importantes en el caso de las Diputaciones Provinciales; véanse, en relación con ellas, el Reglamento de Sanidad Provincial de 20 de octubre de 1920, la base XXIII de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944 y el artículo 245 de la Ley de Régimen Local, que configura como *obligaciones mínimas* de las provincias la instalación y sostenimiento de un Hospital médico-quirúrgico y de un Hospital psiquiátrico, entre otros centros asistenciales) cons-

---

páginas 137 y ss., y el estudio colectivo *Problemas fundamentales de beneficencia y asistencia social*, Ministerio de la Gobernación, Secretaría General Técnica, Colección Estudios, núm. 10, Madrid, 1967.

(8) En este sentido, MARTÍN MATEO oponía los conceptos de *beneficencia* y de *asistencia social* en base al dato de la existencia de un derecho subjetivo en este segundo caso. Véase R. MARTÍN MATEO: «Sobre el concepto de asistencia social», en el volumen *Problemas fundamentales*, cit., pp. 53 y ss. (63). En contra de la opinión dominante y de la jurisprudencia, GUAITA mantenía la exigibilidad como derecho subjetivo de la prestación benéfica. Véase A. GUAITA: *Derecho Administrativo Especial*, II, pp. 140-141.

El concepto de beneficencia —reflejo típico del *Estado liberal*, que sólo episódicamente se ocupa de los sectores deprimidos y marginados de la población— difícilmente puede encontrar encaje en un *Estado social* como el que queda diseñado en la Constitución de 1978 (véanse especialmente arts. 1.1, 9.2 y 39 y ss. —preceptos estos últimos que contienen los «principios rectores de la política social y económica»—). En plena coherencia con ello la Constitución ha eludido el término de «beneficencia». Véase en particular el artículo 148.1.20, que posibilita a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia de *asistencia social*. La desaparición de la mención a la beneficencia en este artículo, contenida originariamente en el texto de proyecto de Constitución, se debe a una enmienda presentada por el senador L. MARTÍN-RETORTILLO (véase «Diario de Sesiones del Senado», 1978, Comisión de Constitución, pp. 2580-2581 y 2593, sesión de 12 de septiembre de 1978).

(9) Estos últimos centros —los únicos que tenían una razón de ser en la concepción clásica de la Administración sanitaria tradicional— fueron surgiendo en relación con determinadas enfermedades: lepra, tuberculosis, enfermedades psiquiátricas, etc. Algunos de ellos tuvieron durante largo tiempo una organización autónoma. Así, el Patronato Nacional Antituberculoso y de las Enfermedades del Tórax, o el Patronato Nacional de Asistencia Psiquiátrica eran organismos autónomos del Ministerio de la Gobernación. Posteriormente, los entes y organismos relativos a estas enfermedades cualificadas se integraron en un solo organismo autónomo —la Administración Institucional de la Sanidad Nacional, creado por Decreto-Ley 13/1972, de 29 de diciembre—, al que se adscribieron además los antiguos centros de la Beneficencia del Estado. Hoy este organismo autónomo está adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo.

tituyeron durante largo tiempo —hasta hace sólo unas décadas— toda la estructura de la red asistencial pública en materia sanitaria, que se movió, por lo general, con una gran penuria de medios económicos.

Pero es bien sabido también que un cambio notable en el panorama asistencial público se produjo en nuestro país con la introducción y la extensión del Seguro Obligatorio de Enfermedad. Con su introducción —realizada por Ley de 14 de diciembre de 1942— no se pretendió realizar una asistencia sanitaria de todos los ciudadanos en cuanto tales, sino —de acuerdo con el concepto de *seguro social* en que se apoya— la protección de los trabajadores frente a la enfermedad entendida como un riesgo.

Pero lo cierto es que, a través de esta técnica, el Estado ha encontrado los medios financieros para construir una red hospitalaria con una adecuada dotación técnica, extendiéndose, de hecho, los beneficios de la asistencia sanitaria a la gran mayoría de la población, que ahora goza ya de un verdadero derecho subjetivo a las prestaciones sanitarias del Estado. La legislación de la Seguridad Social ha desarrollado con detalle el contenido de este derecho de que disfruta la población protegida, así como las situaciones (*contingencias*) que dan derecho a la asistencia sanitaria, de acuerdo con la propia naturaleza de la Seguridad Social, concebida sobre la base del contrato de seguro, si bien con carácter obligatorio y con una gestión a través de un ente público (10). A la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social se refieren concretamente los artículos 98 y siguientes de la Ley General de Seguridad Social (texto refundido aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1974) y el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre.

Sin embargo, el aspecto del trato humano, del respeto a la dignidad personal del paciente —componente fundamental de la atención que recibe el asistido, junto a su calidad técnica— no siempre ha encontrado una consideración y protección suficientes en este contexto. Un contexto caracterizado por grandes hospitales («ciudades sanitarias» es el término introducido en la normativa) (11), en

(10) Sobre el proceso histórico de paso del contrato de *seguro privado* al *seguro social* y posteriormente a las nociones de *Previsión social* y *Seguridad Social*, véanse en la doctrina española L. E. DE LA VILLA: «Previsión, Seguros Sociales y Seguridad Social», en el volumen *Problemas fundamentales*, cit., pp. 33 y ss., 36 y ss.; J. M. ALMANSA PASTOR: *Derecho de la Seguridad Social*, I, Tecnos, Madrid, 1981, páginas 51 y ss.; M. ALONSO OLEA: *Instituciones*, cit., pp. 20 y ss.

(11) Concretamente, el artículo 4 del Reglamento de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social habla de «residencias» y de «ciudades sanitarias». En opinión de

el que la propia dimensión y la complejidad de los centros puede hacer que el paciente quede convertido en un mero número, si no se hace un esfuerzo colectivo para evitarlo y si no se adoptan las garantías jurídicas adecuadas para ello (12).

Por lo demás, no se trata de una cuestión específica de los centros de la Seguridad Social, sino que va unida en buena medida a las propias condiciones ambientales en las que hoy se ejerce una parte notable de la medicina: si, por un lado, se trata de centros que cuentan con medios técnicos que no eran ni siquiera pensables hace algunos decenios, por otra parte, aumenta el riesgo de despersonalización del enfermo y de olvidar que el sentido último de toda la organización hospitalaria no es otro que el del servicio del paciente.

Tampoco se trata de un problema exclusivo de nuestro país, sino que se plantea de modo similar en otros muchos, como pone de

---

MUÑOZ MACHADO (*El secreto médico*, cit., p. 176), el abandono del término «hospital» trataba de hacer olvidar las connotaciones de los hospitales benéficos —cuyas condiciones dejaban mucho que desear—, dignificando la asistencia sanitaria ofrecida al trabajador. Lo cierto es que —dejando al lado la cuestión terminológica— la Seguridad Social española ha seguido en los últimos años una política de construcción de grandes hospitales, de acuerdo con la concepción de la asistencia sanitaria que ha dominado en estos años. Todavía en 1975, cuando se aprueba el documento «Directrices para la reforma sanitaria» (Consejo de Ministros de 7 de noviembre de 1975), el hospital constituye el centro del sistema asistencial público (véase punto 7 del citado documento). Una concepción distinta se observa ya en la Resolución sobre la reforma sanitaria aprobado por el Congreso de los Diputados los días 6 y 7 de mayo de 1980. Véanse los puntos 9 a 15 de dicha Resolución. Allí, junto a la importancia dada a la acción preventiva, se destaca la medida primaria o de familia y los centros de salud como dos niveles (además del hospitalario) del sistema asistencial.

(12) La inexistencia de un estatuto general de los servicios hospitalarios no puede sorprender si se tiene en cuenta que la asistencia sanitaria pública (y concretamente la asistencia hospitalaria, como parte fundamental de ésta) no ha venido funcionando propiamente sobre la base de los esquemas típicos del servicio público. La asistencia sanitaria pública se ha llevado a cabo tradicionalmente por distintos títulos (pobreza, enfermedades cualificadas, trabajadores protegidos por la Seguridad Social), pero no ha existido una estructura asistencial abierta a todos en condiciones de igualdad y en la que bastara la simple condición de ciudadano sin la necesidad de un título específico para ello —esquema típico de los servicios públicos—. Véanse sobre ello J. ORTIZ DÍAZ: *Hacia una reordenación*, cit., pp. 170 y ss., y P. ESCRIBANO COLLADO: *El derecho a la salud*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1976, *passim*.

Es evidente —sin embargo— que hoy se avanza hacia un sistema en que la asistencia sanitaria del Estado tiene como destinatario a toda la población de forma indiferenciada. La propia extensión del ámbito de la Seguridad Social, de cuya acción protectora se beneficia ya la gran mayoría de la población, ha supuesto un avance importante hacia este objetivo. Por otro lado, nuestro sistema constitucional no deja ninguna duda en este sentido. Así, el «régimen público de Seguridad Social» se refiere a «todos los ciudadanos» (art. 41 Constitución); junto a ello, se reconoce un genérico «derecho a la protección de la salud» (art. 43 Constitución). Véase también el punto 2 de la Resolución del Congreso de los Diputados sobre la reforma sanitaria de 1980.

manifiesto la preocupación suscitada en los últimos años, preocupación a la que me referiré enseguida.

A esta problemática trató de dar una primera respuesta normativa el R. D. 2082/1978, de 25 de agosto, que aprobó unas «Normas provisionales de gobierno y administración de los Hospitales y garantías de los usuarios». El Decreto se situaba dentro de un conjunto de normas dictadas por el Gobierno en aquellas fechas para cubrir un vacío existente en materia de Hospitales. Se trata —además del Decreto citado— de los RR. DD. 2081/1978, de 25 de agosto, sobre presupuestos e indicadores de rentabilidad de los Hospitales; 2221/1978, también de 25 de agosto, ordenando la confección del «Mapa Sanitario del Territorio Nacional», y 2177/1978, de 1 de septiembre, sobre registro, catalogación e inspección de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Como es sabido, sin embargo, el R. D. 2082 fue declarado nulo por el Tribunal Supremo. Contra él se interpusieron recursos por la Diputación Provincial de Madrid y por la de Oviedo, que dieron lugar a dos sentencias estimatorias del Tribunal Supremo, declarando la invalidez de la disposición por haberse omitido el trámite preceptivo del dictamen previo del Consejo de Estado (SS. de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 29 de abril de 1982 y 10 de diciembre de 1982) (13).

El Decreto 2082/1978 supuso, por tanto, un primer intento de regulación general, pero un intento fallido. Se ha creado nuevamente un vacío normativo que sería conveniente volver a llenar lo más pronto posible, y ello no sólo mediante el cumplimiento del trámite omitido, sino que podría aprovecharse la oportunidad para perfeccionar algunos aspectos de la regulación.

---

(13) Véase Repertorio Aranzadi 1982, núms. 2533 y 7955, respectivamente. El primer recurso impugnaba los RR. DD. 2081 y 2082, así como la Orden de 2 de septiembre de 1978 dictada en desarrollo del primero de los Decretos. El segundo recurso impugnaba solamente el Decreto 2082.

Todas estas disposiciones son declaradas nulas por las respectivas sentencias —la segunda de ellas incide por tanto sobre una norma ya declarada inválida— con un razonamiento similar: siendo necesario el dictamen previo del Consejo de Estado en los reglamentos ejecutivos de las leyes (art. 10.6 LRJAE, art. 22.3 Ley Orgánica del Consejo de Estado de 22 de abril de 1980), vicio que tiene una eficacia invalidante según doctrina del propio Tribunal, y siendo así que las disposiciones impugnadas son ejecutivas de una Ley (la Ley de Hospitales 37/1962, de 21 de julio), procede declarar su invalidez por la omisión del trámite mencionado. La segunda de las sentencias indica también que existe una contradicción entre el R. D. 2082 y la LRL (arts. 242, 243, 246 y 270), en cuanto que aquél «desapodera en parte a las Diputaciones Provinciales de las facultades de dirección y control de hospitales provinciales».

El objetivo del presente estudio es reflexionar sobre el tema del estatuto del enfermo hospitalizado en nuestro Derecho a la luz de la Constitución y de su desarrollo legislativo y teniendo en cuenta las soluciones que introducía el Decreto 2082 en este punto. Hay que subrayar, a este respecto, que las dos sentencias del Tribunal Supremo que han declarado la nulidad de este Reglamento no han entrado a considerar el fondo de la regulación de las «garantías de los usuarios», por lo que sigue siendo una referencia a considerar. Justamente esta perspectiva material o de fondo —ausente en las sentencias indicadas— es la que va a prevalecer en el presente estudio, tanto bajo el prisma de la legalidad de la regulación como en lo relativo a su corrección técnica, buscando con ello hacer una contribución en la línea de una normativa que sustituya a las «garantías» del Decreto 2082.

No vamos a dedicar, en cambio, una especial atención al tema de la inserción de esta normativa en nuestro sistema de fuentes, profundamente modificado por la Constitución —como es sabido—. En concreto, sobre el problema de su ubicación dentro de la distribución de los poderes normativos entre el Estado y las Comunidades Autónomas y sobre el rango formal exigido para esta regulación (Ley o Reglamento) bastarán aquí unas breves observaciones.

Según ha explicado el Tribunal Constitucional (S. 32/1983, de 28 de abril, fundamento 2), en materia de sanidad interior el Estado mantiene tres títulos de intervención: el establecimiento de las *bases*, la *coordinación* y la *alta inspección*. Creo que la ubicación de la materia que estamos considerando dentro de las «bases» no ofrece duda si tenemos en cuenta las precisiones que ha hecho el propio Tribunal Constitucional sobre este concepto (véanse especialmente las SS. de 28 de julio de 1981 —fundamento 6— y de 28 de enero de 1982 —fundamento 1—). Por otro lado, hay que tener en cuenta que está implicada aquí —como veremos— «la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (título competencial del Estado, según el artículo 149.1.1.º de la Constitución).

En cuanto al rango normativo exigido para esta regulación, hay que tener en cuenta que, «dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecer con posterioridad a la Constitución es la Ley. Sin embargo, puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podrá hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto y de modo complemen-

tario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada» (S. del Tribunal Constitucional de 28 de enero de 1982 —fundamento 1—). En este punto, por tanto, habrá que estar a lo que disponga la futura *ley básica de Sanidad* (cuyo texto se encuentra en fase de estudio en el Ministerio de Sanidad y Consumo). Parece que la regulación de la materia que consideramos deberá contenerse en una ley (o, al menos, preverse en ésta), pero tal ley podrá remitirse al Reglamento para su desarrollo.

Hechas estas indicaciones sobre la competencia normativa y sobre la forma para el ejercicio de la misma, procede adentrarse en el estudio de la regulación misma. Pero antes de entrar a estudiar la cuestión en España, me parece interesante hacer alguna indicación sobre el tratamiento de la materia en algunos países que nos son más próximos o en los cuales reviste especial interés, de modo que podamos situar el Derecho español en el panorama del Derecho comparado.

## II. ACCIONES Y MOVIMIENTOS EN DEFENSA DE LOS ENFERMOS EN LOS HOSPITALES

El movimiento de defensa de los enfermos hospitalizados tiene ya alguna historia y algunos logros que interesa conocer para enriquecer nuestro análisis. Vamos a hacer una referencia individualizada a Francia, los Estados Unidos de Norteamérica e Italia, tres países con características sociológicas muy distintas entre sí (que tampoco constituyen cada uno un todo homogéneo, lo cual es especialmente cierto para los Estados Unidos e Italia) y con un sistema sanitario también diferente que, por tanto, han abordado la cuestión de forma diversa, aunque de modo muy comparable y dando respuesta a la misma problemática.

Debe observarse que también en el ámbito internacional la preocupación por el tema que es objeto de nuestra atención ha tenido ya algún resultado concreto. Hay que señalar en este punto que en el ámbito de la Comunidad Económica Europea existe una declaración sobre los derechos del enfermo en el hospital, aprobada por el Comité Hospitalario de la CEE, reunido en Asamblea Plenaria en Luxemburgo los días 6-9 de mayo de 1979 (14). Tal declara-

(14) Este documento puede consultarse en la «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1981, Giuffrè, pp. 841 y ss.

ción se presenta como una expresión de los derechos fundamentales de la persona que entra en contacto con el hospital como usuario, y en particular reconoce los derechos a la *autodeterminación*, a la *información*, a la protección de la *vida privada* y a la *libertad religiosa y filosófica* (15).

### 1. Francia: la política de «humanización» de los hospitales públicos

La idea de «humanización» de los hospitales públicos tiene en Francia una cierta tradición. La expresión fue utilizada por primera vez en un documento oficial en la Circular de 5 de diciembre de 1958 relativa a las condiciones materiales de estancia de los enfermos en los hospitales (visitas, efectos personales, horarios, etcétera) (16). Sobre esta misma materia incidió la Circular número 132, de 18 de diciembre de 1970, que hizo obligatorias para los hospitales las medidas que hasta entonces habían sido meras recomendaciones (17). En aquel mismo año se había constituido, por iniciativa del ministro de Sanidad, un grupo de trabajo para estudiar los problemas de la humanización y para formular propuestas (18).

Este marco inicial de la política de humanización se mostraba claramente insuficiente, tanto por la limitación de su contenido como por su eficacia jurídica. En el primer aspecto quedaba referido casi únicamente a la mejora del confort material del enfermo, de modo que éste no fuera inferior al de las clínicas privadas, sin referirse a aspectos tales como la información sobre su estado de

(15) El preámbulo de dicho documento pone de relieve que la codificación de los derechos del enfermo en el hospital no es suficiente por sí misma, sino que es necesario que en todos los hospitales se adopten las medidas adecuadas para asegurar su respeto efectivo (punto 5). Por otro lado, se subraya que tales derechos implican también obligaciones por parte del enfermo, obligaciones que pueden resumirse en la necesidad de un comportamiento razonable por el enfermo, el respeto a los derechos de los otros pacientes, y la voluntad de colaborar con el personal y la dirección del hospital.

(16) Véase J. M. de FORGES: *L'hospitalisé*, París, Berger-Levrault, 1975, p. 295, quien señala algún precedente anterior y estudia con detalle la evolución de la idea de humanización de los hospitales (*ob. cit.*, pp. 295 y ss.).

(17) Esta circular puede consultarse en el libro de P. COMET-R. PIGANIOL: *L'hôpital public*, París, Berger-Levrault, 1974, pp. 171 y ss.

(18) Un resumen de las conclusiones de este grupo de trabajo, en J. M. de FORGES: *L'hospitalisé*, pp. 300 y ss. Entre otras consideraciones se afirman los condicionamientos financieros de la política de humanización, así como su clara conexión con el comportamiento de todo el personal de los hospitales, en el cual se puede incidir a través de su formación profesional y del sometimiento a una disciplina.

salud o el consentimiento para los actos médicos. En cuanto a su alcance normativo, el carácter de mera Circular de los textos relativos a la humanización hacía que el enfermo no pudiera exigir por sí mismo su cumplimiento (19).

Un planteamiento distinto fue el ofrecido por el Decreto número 74-27, de 14 de enero de 1974, y por sus circulares de desarrollo, dentro de una política de humanización más decidida acometida por el ministro de Sanidad, M. Poniatowski (20). Así, si, por un lado, su contenido incluye aspectos que hasta entonces no habían sido abordados (el derecho a la información, la posibilidad de rechazar el tratamiento, la libertad de culto, la protección de la intimidad, etc.), su claro alcance normativo permite hablar ya de verdaderos derechos del usuario reconocidos por el estatuto de enfermo hospitalizado.

Ahora, para asegurar la eficacia de estas normas se dispone su inserción obligatoria en el Reglamento interior de cada hospital (a través de su inclusión en el Reglamento interior tipo aprobado en el Anexo al Decreto de 14 de enero de 1974) (21). Junto a ello, la Circular de 20 de septiembre de 1974 dispuso la entrega de la «Carta del enfermo hospitalizado» a cada uno de los pacientes en el momento de entrar en el hospital (22). Hay que señalar, por otra parte, que en el Decreto de 14 de enero de 1974 no sólo se establecen derechos, sino también obligaciones y prohibiciones, por lo que el término *estatuto* designa perfectamente el contenido de esta normativa.

Importa reparar ahora, más que en el contenido concreto de esta norma (al que haremos alguna referencia puntual al estudiar la materia en España), en el enfoque con el que se ha abordado la cuestión. Se trata de unas acciones promovidas por el Gobierno para mejorar los servicios ofrecidos por los hospitales públicos, que se han terminado plasmando en unas normas de protección de los enfermos y en la adopción de las medidas necesarias para asegurar la efectividad de las mismas.

(19) Véase en este sentido J. M. LEMOINE DE FORGES: *Le statut du malade à l'hôpital public*, «Revue trimestrielle de Droit Sanitaire et Social», 1-2, 1974, pp. 163 y ss. (181-183). También, del mismo autor, *L'hospitalisé*, pp. 308-309.

(20) Se trata del Decreto «relativo al funcionamiento de los centros hospitalarios y de los hospitales locales» (*Journ. Off.* de 16 de enero de 1974). Las normas relativas a la materia que consideramos se encuentran incluidas básicamente en el capítulo III (arts. 38 y ss.). He manejado una versión italiana publicada por la «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1980, pp. 581 y ss.

(21) Sobre este punto véase J. M. de FORGES: *L'hospitalisé*, pp. 114 y ss.

(22) Véase «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1980, pp. 590 y ss.

2. *Estados Unidos: la insuficiencia de la protección del enfermo a través de las acciones de responsabilidad*

Los Estados Unidos han conocido en las últimas décadas un gran crecimiento de las acciones de responsabilidad contra los médicos por negligencia o falta profesional (*medical malpractice*), en la medida en que los Tribunales han ido aumentando progresivamente la esfera de supuestos en los que han concedido indemnización al enfermo demandante.

Este cambio se ha producido, en realidad, sin alterar las reglas sustantivas de la responsabilidad médica, que continúan siendo las mismas. Encuadrada dentro del genérico *Law of Torts*, equivalente a nuestra responsabilidad civil extracontractual —a diferencia de lo que sucede en Francia, donde la responsabilidad del médico se hace derivar del incumplimiento de las obligaciones que dimanarían del contrato—, se exige, conforme a las reglas típicas de los *Torts*, que el demandante pruebe la conducta negligente del médico (23).

La evolución jurisprudencial en esta materia se ha producido a través de dos modificaciones de carácter procesal. En primer lugar, frente a la exigencia anterior de que los peritos (médicos) llamados a dictaminar sobre la actuación del médico demandado fueran de la misma localidad que éste, se empezó a admitir que declarasen otros médicos procedentes de fuera de la localidad (24). Por

---

(23) Una exposición muy completa de las reglas de responsabilidad del médico en Derecho americano se encuentra en el estudio de Allan H. McCORD: «The care required on medical practitioners», en el estudio colectivo *Professional Negligence*, Vanderbilt University Press, Nashville, 1960, pp. 13-96. Para una comparación con el Derecho inglés véase G. FLEMING, «Developments in the English Law of medical liability», en el mismo volumen, pp. 97 y ss. Una exposición actualizada del tema en Estados Unidos en William J. CURRAN-E. Donald SHAPIRO: *Law, Medicine and Forensic Science*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 3.ª ed., 1982, páginas 345 y ss.

Un estudio comparado de la regulación del tema en Francia y en los Estados Unidos puede verse en A. GAMBARRO: «La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica», en el volumen colectivo *La responsabilità medica*, Milán, Giuffrè, 1982, pp. 25 y ss. Subraya este autor cómo los dos sistemas, a pesar de partir de un enfoque distinto (la distinción entre responsabilidad contractual y aquiliana se presenta a menudo como *summa divisio* en el campo de la responsabilidad civil), llegan a las mismas reglas operativas. Así, en Francia, no es el médico quien debe probar que actuó diligentemente (lo que sería coherente con el principio de que el deudor debe probar la ausencia de culpa en el cumplimiento de la obligación), sino que es el enfermo quien soporta la carga de la prueba, ya que —se dice— la obligación del médico es *de medios* y no *de resultados* (véase *ob. cit.*, pp. 27-28).

(24) Ello tuvo un efecto muy importante, al terminar con el fenómeno que expresivamente se había llamado «complot del silencio», que suponía la práctica imposible de encontrar un médico dispuesto a declarar en contra de un compa-

otro lado, se ha seguido una tendencia ampliatoria en la aplicación de la regla *res ipsa loquitur*, que supone una alteración de la regla general de la prueba a cargo del demandante, en los casos en que la negligencia del médico es tan evidente que «la cosa habla por sí misma»; tan considerable, que está «dentro de la comprensión de un profano» (25).

A esta evolución no han sido ajenas algunas circunstancias del contexto norteamericano a las que quiero referirme, aunque sea brevemente. Hay que notar, a este respecto, que en los Estados Unidos han adquirido una gran difusión los seguros por responsabilidad civil de los médicos —de modo que quien soporta la indemnización en los casos de *medical malpractice* es una compañía de seguros— y que, por otro lado, el sistema público de Seguridad Social no está desarrollado allí de la misma forma que en Europa —por lo que puede suceder que personas que han quedado incapaces para el trabajo como consecuencia de una intervención quirúrgica queden privadas de cualquier ingreso—. En esas circunstancias se comprenderá que no haya sido difícil tocar la sensibilidad de los jurados, haciendo pasar a segundo término el verdadero objeto del juicio: la negligencia del médico. A ello se han dedicado algunos despachos de abogados, que incluso han contratado médicos cuya función consiste en dictaminar en este tipo de juicios (26).

Resultan interesantes las reflexiones que se hacen hoy sobre la situación a la que se ha llegado. No parece que la extensión de las acciones de responsabilidad haya producido una mejora de la atención médica, sino que se afirma —incluso— que la mayor amenaza de sanción ha empeorado la calidad de esta atención. Se habla, en este sentido, de la práctica de una «medicina defensiva» que consiste en una alteración de los modos de ejercicio normal de la medicina inducida por la amenaza de los juicios por *malpractice*, de forma que se evita cualquier posibilidad de responsabilidad profesional (27).

Si hace unas décadas el médico era prácticamente irresponsable en su actividad profesional, el estado de cosas al que se ha

---

ñero. Véanse sobre ello Allan McCoid: *ob. cit.*, pp. 95-96; G. CALABRESI, «Funzione e struttura dei sistemi di responsabilità medica», en el volumen citado *La responsabilità...*, pp. 43 y ss., 46-48.

(25) Véase A. McCoid: *ob. cit.*, pp. 79, 85 y ss., y 96. También CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, pp. 397 y ss.

(26) Véase G. CALABRESI: *Funzione e struttura*, p. 48.

(27) Véase CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, pp. 356 y 518. También G. CALABRESI: *Funzione e struttura*, pp. 50-51, 61.

llegado hoy no es tampoco satisfactorio, como se puede comprender. El clima de insatisfacción que ha creado este estado de cosas ha tenido ya algunas manifestaciones. Así, se han generalizado las llamadas «Leyes del buen samaritano», que declaran expresamente la irresponsabilidad civil de los médicos que atienden a un accidentado en caso de urgencia (28), y se han producido movimientos de reforma de la regulación legal de la responsabilidad del médico (29).

Paralelamente, y como una manifestación más de la insuficiencia de esta situación, se ha desarrollado un movimiento tendente a la adopción de *Bills of rights* de los pacientes. Entre estos documentos debe mencionarse en primer lugar al aprobado por la *American Hospital Association* en 1972, declaración con la fuerza que le da la importancia de esa entidad y que ha ejercido una notable influencia posteriormente (30). En el origen de este documento se encuentra un movimiento de defensa de la población negra y de las comunidades hispánicas en los hospitales (31).

En 1975, el Estado de Minnesota aprobó por primera vez una declaración de derechos del paciente —ahora ya con valor legal—, fuertemente influida por el documento que acabamos de mencionar (32). A partir de entonces, numerosos Estados americanos han introducido *Bills of rights* de los pacientes, ya sea a través de leyes o de regulaciones administrativas (33). Insisten, sobre todo, en aspectos tales como el derecho al tratamiento y a la atención médica continuada, la protección de la intimidad del paciente, su derecho de información y la posibilidad del enfermo de rechazar los tratamientos.

---

(28) El objetivo de estas normas es estimular a los médicos para que realicen asistencias de urgencia en las carreteras y otros lugares públicos, evitando que el temor a incurrir en responsabilidad produzca una inhibición general de los médicos en este tipo de asistencia. California fue el primer Estado en modificar los derechos y obligaciones del *common law* en este punto. Sobre ello véase CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, pp. 488 y ss.

(29) Véase una detallada referencia a informes, encuentros y recomendaciones que se han pronunciado sobre este punto en CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, pp. 517 y ss.

(30) Este documento ha ejercido también una influencia en Francia, concretamente en el Decreto de 14 de enero de 1974. Véase J. M. DE FORGES: *L'hospitalisé*, página 309.

(31) En este sentido, CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, p. 752, quienes publican también esta Declaración, aprobada el 17 de noviembre de 1972 (pp. 749 y ss.).

(32) Esta Ley puede verse también en CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, pp. 752-755.

(33) Véase CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, p. 755. La declaración correspondiente al Estado de Massachussets (enmienda al cap. 111 de la Ley General del Estado de Massachussets aprobada el 23 de mayo de 1979) puede verse en «Rivista Italiana de Medicina Legale», 1981, pp. 1067 y ss.

### 3. Italia: el movimiento ciudadano de defensa de los derechos de los enfermos

La deficiente situación organizativa y funcional en la que se mueven muchos centros hospitalarios de ese país —situación que se ha visto agravada por el fracaso de la reforma sanitaria acometida por la Ley 833/1978, de 23 de diciembre— no ha podido dejar de afectar a las condiciones materiales y morales que se ven obligados a soportar los pacientes internados en tales centros.

Estas deficiencias han constituido el punto de partida para que se desarrollase en los últimos años un movimiento ciudadano orientado a la protección de los enfermos hospitalizados. Este movimiento, denominado «Tribunal para los derechos del enfermo» —denominación equívoca, ya que no se trata propiamente de un Tribunal—, aspira a la formulación y el reconocimiento de una serie de derechos que, de hecho, no se han venido respetando. Nacido en 1978 (34), ha desarrollado una importante actividad por todo el país recogiendo informaciones y quejas realizadas por enfermos atendidos en distintos hospitales. Con este material se han ido elaborando distintas «Cartas de derechos del enfermo», desde la aprobación de la primera de ellas en Roma, el 29 de junio de 1980; documentos que han tenido una cierta difusión, pero que tienen mero carácter reivindicativo frente al poder público (35). Han sido la base para la elaboración de un proyecto de ley de iniciativa popular, sobre el que deberá pronunciarse el Parlamento (36).

La deficiente situación hospitalaria a la que hemos aludido y

---

(34) El «Tribunal» nace por iniciativa del Movimiento Federativo Democrático y se inspiraba en el análisis de la realidad sanitaria realizado por Giancarlo QUARANTA (*L'uomo negato*, Effedierre, Roma, 1978). Véase *Tribunale per i diritti del malato*, «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1980, p. 336.

(35) El *iter* de elaboración de tales documentos, así como el modo de trabajar de los «Tribunales» puede verse en *Tribunale per i diritti del malato*, cit., pp. 337-338. El documento aprobado en Roma está también publicado en la «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1980, pp. 856 y ss.

En junio de 1983 había aprobadas trece «Cartas» de derechos del enfermo. La resistencia a su difusión por parte de las administraciones hospitalarias ha variado de unas regiones a otras. Véase «Corriere della Sera», 27 de junio de 1983, p. 7.

(36) En la redacción de este proyecto de ley ha colaborado un grupo de juristas formado por S. Rodotà, G. Giugni, U. Pototschnig y el propio Quaranta, inspirador del movimiento. Véase «Corriere della Sera», cit., p. 7.

Existen también otras iniciativas legislativas en este sentido. Véase, por ejemplo, la propuesta de Ley presentada por el diputado Zanone el 29 de abril de 1983 sobre «protección de los derechos del enfermo en condiciones de internamiento hospitalario» (*Atti Parlamentari*, VIII Legislature, Disegni di legge e relazioni, N. 4123).

el procedimiento de elaboración de estos documentos explican que en ellos se incluyan puntos muy numerosos y relativos a aspectos muy diversos —bastante heterogéneos entre sí—. Así, se contemplan cuestiones tales como la lucha frente a la corrupción (reflejada en prácticas tales como las propinas por determinados servicios, o la «compra» de los puestos vacantes en el hospital), y también la lucha frente al favoritismo y «clientelismo»; el trato deferente (y en particular el trato de «usted», y no de «tú», que se debe dar al paciente); los derechos de determinadas categorías de enfermos, como los ancianos (entre los que se incluye, por ejemplo, el derecho a no ser internado en el hospital por petición de los familiares si ello no es realmente necesario); las condiciones materiales de estancia (higiene en los servicios, alimentos, horarios, etc.); el derecho a la representación y participación (dentro de la institución sanitaria, en la contratación colectiva del personal sanitario, etc.); la información del enfermo sobre su diagnóstico y tratamiento en curso, etc.

Obviamente, parece que será difícil que muchas de estas cuestiones queden solventadas por su mera inclusión en una declaración de derechos —aunque sea con valor legal—, pero no cabe duda de que este movimiento sirve para reflejar un estado de cosas y, en alguna medida, contribuye a su superación.

### III. LAS NORMAS DEL R. D. 2082/1978 SOBRE «GARANTÍAS DE LOS USUARIOS». ASPECTOS GENERALES. LA PROTECCIÓN DEL PACIENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Por lo que se refiere a nuestro país, el R. D. 2082/1978, de 25 de agosto, aprobó —como se ha indicado— unas «normas provisionales de gobierno y administración de los Hospitales y garantías de los usuarios». Las normas sobre «garantías de los usuarios» estaban contenidas en el largo punto 13 del Anexo al mencionado Decreto.

El ámbito de aplicación de estas normas se concebía con gran amplitud, pues se hacía coincidir con el ámbito de aplicación de la Ley 37/1962, de 21 de junio (Ley de Hospitales), es decir, estaba constituido por los hospitales del Estado y de sus Organismos Autónomos —incluyendo, por tanto, los de la Seguridad Social—, los de las Corporaciones Locales y los sometidos al protectorado del

Estado (37). Además, se señalaba que las normas del Decreto 2082 constituían «principios y directrices» para todos los demás centros sanitarios asistenciales (38).

Con esta configuración, el Decreto en cuestión adquiría un valor normativo en todos los centros hospitalarios —concepto delimitado por el artículo 1 de la Ley de Hospitales—, ya sea a través de su incidencia directa en los centros indicados o bien como «principios y directrices» (39).

Las «garantías de los usuarios» del R. D. 2082 eran reconducibles fundamentalmente a dos bloques de cuestiones: por un lado, el ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas por el enfermo en el ámbito hospitalario (a ello me referiré en el apartado IV) y, por otro lado, los derechos relacionados directamente con la situación de enfermedad del paciente. Entre estos últimos se afirmaba, en primer lugar, el derecho al «cumplimiento flexible y, si es necesario, ulterior de los requisitos y formalidades administrativas exigibles» (letra *b*), así como «el derecho del enfermo a ser tratado con las técnicas médicas disponibles en el Hospital y con el menor riesgo posible en proporción a los resultados deseables» (letra *c*).

En relación con el diagnóstico y el tratamiento de la enfermedad (finalidad primordial de la admisión y la estancia en el Hospital, según indicaba el punto 13.1) se plantean los tres aspectos que presentan mayor interés: el consentimiento del paciente para los tratamientos e intervenciones, la información debida al enfermo y el secreto médico en el ámbito hospitalario. A estos temas me referiré separadamente (apartados V, VI y VII).

Las normas que consideramos se referían también a los deberes y sujeciones a que queda sometido el enfermo en el hospital, si bien en este punto había una genérica remisión al Reglamento de régimen interior de cada centro. Así, de forma general, la norma contenida en la letra *l* establecía «la sujeción del interesado y sus familiares, acompañantes y visitantes, mientras que permanezcan en el establecimiento, a sus normas de buen orden y régimen interior».

Por otro lado, hay que señalar que los derechos reconocidos te-

(37) Véase artículo 3.1 de la Ley de Hospitales al que remitía el párrafo 2.º del artículo único del Decreto 2082.

(38) Véase también párrafo 2.º del artículo único del Decreto 2082.

(39) Ello implicaba la derogación de la normativa reglamentaria anterior que fuera contraria a las «garantías» del Real Decreto 2082.

nían carácter mínimo (véase punto 13.1), es decir, no se excluía una normativa de sector o un Reglamento de un centro concreto que estableciera una situación más favorable para el enfermo.

Debe notarse, también, que las cuestiones aludidas en segundo lugar —los derechos del paciente directamente relacionados con su situación de enfermedad— han encontrado tradicionalmente una ubicación sistemática en el ordenamiento jurídico distinta a la que aquí se presenta, al incluirlas en la normativa general de Derecho público relativa a hospitales.

Se trata de temas que se han estudiado tradicionalmente en el marco de la relación entre médico y paciente. Por ello, junto a la perspectiva de la deontología profesional de la Medicina, son temas que han quedado incluidos dentro del *Derecho médico*, entendiendo por tal el conjunto de reglas jurídicas relativas a la actividad de los médicos y, por extensión, de las demás profesiones sanitarias. Obviamente, no se trata de un sector del ordenamiento dotado de autonomía, sino que está integrado fundamentalmente por normas de Derecho civil —en la medida en que la relación médico-paciente ha sido considerada tradicionalmente como un contrato de Derecho privado— y por normas penales, en cuanto que en el ejercicio de la Medicina se presentan situaciones en que son lesionados bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal, especialmente la vida e integridad física de las personas. En particular, son problemas que han sido abordados al estudiar la responsabilidad del médico en los ámbitos civil y penal. Por ello haremos algunas indicaciones generales en relación con cada una de estas perspectivas.

a) La deontología de la profesión médica —como conjunto de normas de comportamiento que una profesión se da a sí misma— contempla estas cuestiones de forma detallada. Así sucede en el Código español de Deontología Médica de 1979.

Importa matizar que estas normas —como todas las regulaciones deontológicas— se mueven dentro del campo de la ética profesional. Por tanto, su respeto queda encomendado a los propios entes corporativos de la profesión, y en particular a los órganos disciplinarios de los mismos —a quienes corresponde imponer la sanción procedente en caso de violación de las normas deontológicas—, pero carecen de relevancia directa para el ordenamiento general: ningún Tribunal podrá aplicarlas para resolver una contienda, y solamente

podrán ser utilizadas como elementos de prueba para constatar la existencia de un uso profesional (40).

b) En segundo lugar, estas cuestiones se han estudiado desde la perspectiva de la relación contractual entre médico y paciente, y en particular con ocasión de determinar los supuestos de responsabilidad civil del médico.

Las reglas jurídicas de esta relación se han formado sobre la base de las decisiones jurisprudenciales recaídas sobre la misma —abundantes en materia de responsabilidad civil del médico— y de estudios doctrinales realizados partiendo de tales decisiones y de los principios de la teoría general del contrato. Así se construyeron un conjunto de reglas que constituyen el núcleo de la regulación del ejercicio de la Medicina, configurada tradicionalmente como profesión liberal (41).

A decir verdad, en nuestro país las decisiones jurisprudenciales y los estudios doctrinales sobre esta materia son tan escasos que no permiten formar un cuadro de referencia seguro (42). Ello con-

---

(40) Sobre el tema de las normas deontológicas véanse, en general, R. y J. SAVATIER, J. M. AUBY, H. PEQUIGNOT: *Traité de Droit Médical*, París, 1956, pp. 16-19; G. CATTANEO: *La responsabilità del professionista*, Milán, Giuffrè, 1958, pp. 241 y ss.; C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milán, Giuffrè, 1974, pp. 69 y ss., y A. CATELLANI: *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milán, Giuffrè, 1976, pp. 21-27.

(41) Así, el estudio de las relaciones médico-paciente desde la óptica contractual se ha realizado en Francia y en España.

Quizá la exposición más completa de este conjunto de reglas al que nos referimos se encuentre en el *Traité de Droit Médical*, de René y Jean SAVATIER, J. M. AUBY y H. PEQUIGNOT, París, 1956. René SAVATIER explicaba los deberes contractuales del médico y las reglas sobre responsabilidad civil del mismo como las dos caras de una misma moneda, ya que la responsabilidad se apoya en la falta médica y «toda falta médica supone, conforme a las reglas generales de la responsabilidad civil, la inobservancia de un deber que el agente tenía la posibilidad de conocer y observar», y tales deberes no son otros que los surgidos de su relación contractual con el paciente (véase *Traité...*, p. 290). Sobre las obligaciones del médico en relación con su cliente, véase *Traité...*, pp. 211 y ss. Este autor sistematizó en tres bloques las posibles fuentes de «falta médica». En primer lugar, violación de los deberes del «humanismo médico» (por ejemplo, por falta de consentimiento para una mutilación o por defecto de información sobre la conducta a observar). En segundo lugar, faltas contra la técnica médica, y por último faltas contra la «prudencia trivial», para cuya apreciación el juez no tiene necesidad de los expertos, a diferencia de las faltas contra la técnica médica, y por último faltas contra la «prudencia banal», que viene a cubrir un ámbito de supuestos equivalente a aquellos en los que la jurisprudencia americana aplica la regla *res ipsa loquitur* (véase *supra*, apartado II, 2).

(42) Entre los escasos estudios que han abordado la temática en nuestro país deben ser mencionados los de E. BENZO: *La responsabilidad del médico*, Madrid, 1944; M. GITRAMA: «Configuración jurídica de los servicios médicos», en *Estudios de Derecho público y privado ofrecidos al profesor Ignacio Serrano y Serrano*, I, Valladolid, 1965, pp. 325 y ss. Algunas indicaciones sobre el tema se contienen en los

trasta con la riqueza de la doctrina y de la jurisprudencia de otros países, señaladamente Francia (43) y Alemania (44).

c) Por último, las cuestiones a que aludimos se han planteado a propósito de la responsabilidad penal del médico. Tampoco en este ámbito son abundantes entre nosotros las decisiones jurisprudenciales, pero aquí contamos ya con una monografía reciente (45).

Ahora, junto a estos ámbitos tradicionales, vemos aparecer una normativa general de Derecho público relativa a estos temas —de la cual el Decreto 2082/1978 fue un primer intento—, en correspondencia con el marco hospitalario en el que se desenvuelve hoy

---

libros de J. SANTOS BRIZ: *Derecho de daños*, Madrid, 1963, pp. 374-376, y *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, 2.ª ed., Madrid, 1977, páginas 666 y ss.

Ante esta escasez de material jurisprudencial y doctrinal, no sería exagerado hablar de una «desjuridificación» de la materia sanitaria y en concreto de las relaciones médico-paciente. A esta «desjuridificación» se ha referido ya MUÑOZ MACHADO, si bien en relación con el ámbito jurídico-público. Véase S. MUÑOZ MACHADO, *La sanidad pública en España*, cit., pp. 42-47. Véanse también algunas indicaciones sobre el tema en la recensión del mismo autor, a M. ANGELICI: *Principi di diritto sanitario*, Milán, 1974, en «Revista Española de Derecho Administrativo», 7 (1974), páginas 665 y ss.

Encontrándose ya en imprenta este trabajo, ha aparecido una monografía sobre la responsabilidad en materia sanitaria desde la perspectiva civil: J. M. FERNÁNDEZ HIERRO: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984.

(43) En Francia, además del citado *Traité de Droit Médicale*, que constituye todavía un punto de referencia válido en muchos temas, son muy abundantes los estudios sobre responsabilidad médica. Véase, por ejemplo, L. KORNPBST: *Les responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, Flammarion, Paris, 1957, y J. PENNEAU: *La responsabilité médicale*, Paris, Sirey, 1977.

En el ámbito público véase la monografía de J. MONTADOR: *La responsabilité des services publics hospitaliers*, Paris, 1973.

Véanse también R. SAVATIER: *La responsabilité médicale en France (aspects de droit privé)*, «Revue Internationale de Droit Comparé», 1976, pp. 493 y ss., y J. M. AUBY: *La responsabilité médicale en France (aspects de droit public)*, ídem, páginas 511 y ss.

Una visión sintética, pero muy completa y actualizada de la materia, se obtiene en la obra de J. M. AUBY: *Droit de la santé*, Paris, 1981, en la que además puede observarse la evolución de la misma, tomando como referencia el *Traité...*, publicado en 1956.

(44) En Alemania puede bastar la referencia a la parte relativa a la responsabilidad médica del comentario al parágrafo 823 del Código civil en los comentarios dirigidos por P. ULMER (*Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo III, Beck, Munich, 1980, § 823, pp. 1131 y ss. —glosas 358 a 468—), a cargo de H.-J. MERTENS, en la que se cita una amplia bibliografía.

Particular atención a la materia de Derecho médico (*Arztrecht*) dedica la revista «Neue Juristische Wochenschrift», que publica cuatro números anuales sobre la misma. Como obra de carácter general puede verse A. LAUFS: *Arztrecht*, 2.ª ed., Beck, Munich, 1978. El mismo autor viene realizando unos comentarios periódicos sobre la evolución de la materia. Véase, por ejemplo, A. LAUFS: *Die Entwicklung des Arztrechts, 1982/1983*, «Neue Juristische Wochenschrift», 1983, pp. 1345 y ss.

(45) Véase C. M. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal, I. La actividad curativa*, Bosch, Barcelona, 1981.

una buena parte del ejercicio de la Medicina, y que tiende a dar respuesta al problema de la protección del paciente en este contexto.

Hay que notar, por último, que no se pretende abordar aquí la problemática relativa a específicas operaciones o actividades del ámbito sanitario. Algunas de estas actividades tienen una normativa especial (trasplantes de órganos, transfusiones de sangre, experimentación de productos farmacéuticos sobre personas, etc.) (46) y otras se encuentran en pleno debate científico, ético y jurídico (inseminación artificial, operaciones de cambio de sexo, etc.) (47). La problemática jurídica relativa a estas cuestiones es de una entidad tal que no puede ser planteada siquiera en este lugar. Solamente se pretende abordar aquí el marco jurídico general de la actividad en los hospitales que tiene una incidencia sobre la posición del enfermo, teniendo en cuenta especialmente las soluciones que introdujo el R. D. 2082/1978. La normativa contenida en este Decreto

(46) Sobre los trasplantes de órganos, véase la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, el R. D. 426/1980, de 22 de febrero, y la Orden de 25 de agosto de 1980. Notable influencia sobre esta legislación tuvo el estudio de C. M. ROMEO CASABONA: *Los trasplantes de órganos. Informe y documentación para la reforma de la legislación española sobre trasplantes de órganos*, Bosch, Barcelona, 1979.

Sobre los ensayos clínicos en humanos de productos farmacéuticos, véase el Real Decreto 944/1978, de 14 de abril, y la Orden de 3 de agosto de 1982, normas que se remiten además a las declaraciones internacionales de Hensiky y Tokio.

Por su parte, la Ley 29/1980, de 21 de junio, reguló las autopsias clínicas, Ley que ha sido desarrollada por R. D. 2230/1982, de 18 de junio.

Sobre transfusiones de sangre, véase en la doctrina L. MORELL OCAÑA: *Los principios de ordenación del tráfico jurídico hemoterápico*, núm. 73 de esta REVISTA (1974), pp. 25 y ss. En la legislación, véase el Decreto 1574/1975, de 26 de julio, desarrollado por Orden del Ministerio de la Gobernación de 14 de mayo de 1976, la cual fue sustituida por otra del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social de 24 de octubre de 1979.

(47) Algunos de estos temas son objeto de discusión en los Congresos Mundiales de Derecho Médico. Véase, por ejemplo, el temario del VI Congreso Mundial de Derecho Médico, de 1982, en «Rivista Italiana di Medicina Legale», 1982, p. 299.

Los temas de la esterilización y cirugía transexual han sido abordados normativamente por vez primera en nuestro país por la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, que añadió al artículo 428 un texto del siguiente tenor:

«No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, el consentimiento libre y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuados con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante fuera menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales.

El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior no eximirá de responsabilidad penal en los supuestos del artículo 425 de este Código.»

—que, como se ha indicado, ha sido declarado nulo por el Tribunal Supremo— constituye un punto de referencia obligado en el camino hacia la consolidación de unos derechos del enfermo hospitalizado. Como también quedó sugerido, tal declaración de nulidad se produjo por razones de forma, sin entrar a conocerse propiamente del fondo de la regulación, regulación que en lo relativo a la materia que estudiamos ha encontrado un respaldo pleno en la Constitución y en su desarrollo normativo.

#### IV. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO HOSPITALARIO

También en el ámbito hospitalario son de aplicación los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (véanse artículos 9.1 y 53.1 y 2). A propósito de la aplicación de los derechos fundamentales a las situaciones en que —como sucede en el caso del enfermo en el hospital— la persona está sometida a una «relación especial de poder», el Tribunal Constitucional ha tenido ya la oportunidad de precisar que:

«La extensión de los derechos fundamentales a todos los ciudadanos, como derechos inherentes a la propia personalidad, exige que las limitaciones a su ejercicio, basadas en la "relación de sujeción especial" en que se encuentran ciertas categorías de personas, sólo sean admisibles en la medida en que resulten estrictamente indispensables para el cumplimiento de la misión o función derivada de aquella situación especial» (48).

De ello se desprende que el estatuto del enfermo hospitalizado puede contener un desarrollo de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, adaptándolos a la peculiar situación en la que se encuentre el paciente en el medio hospitalario, y puede contener también limitaciones a tales derechos fundamentales, pero sólo en la medida en que sean estrictamente indispensables para el desarrollo de la misión propia de los hospitales, es decir, la actividad diagnóstica y terapéutica.

---

(48) Véase sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de junio de 1981, fundamento jurídico número 15. La sentencia se refiere específicamente a la materia de la disciplina militar.

Haremos una referencia individualizada a estos derechos fundamentales.

En primer lugar, y como fundamento del que derivan los demás, es preciso referirse al principio del respeto a la dignidad humana del paciente, que se apoya en el artículo 10.1 de la Constitución, según el cual:

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.»

En este sentido, era explícito el Decreto 2082 —anterior en unos meses a la aprobación de la Constitución—, que, tras afirmar «el respeto a la personalidad y dignidad humana del asistido» (letra *a*), garantizaba «la cortesía, el trato humano» y «el respeto a las opiniones personales» (letra *f*), así como «la protección frente a las molestias o interferencias exteriores a menos que sean justificadas, precisas e inaplazables y sean compatibles con el estado clínico del enfermo a juicio del Médico que lo atiende» (letra *d*).

En segundo lugar, debe afirmarse el principio de igualdad de trato de los pacientes o de prohibición de toda discriminación entre los mismos, que deriva de la igualdad ante la ley, reconocida en el artículo 14 de la Constitución (49). Principio que, en materia de servicios públicos, se ha venido considerando tradicionalmente como uno de los aspectos básicos de la posición jurídica del usuario en relación con el servicio (50).

En cuanto a las comunicaciones con el exterior, es obvio que se debe dar al enfermo la posibilidad de enviar y recibir correspondencia, así como de comunicarse telefónicamente. El hospital no está facultado a intervenir estas comunicaciones, dado su carácter secreto (art. 18.1 y 2 de la Constitución) (51).

En materia religiosa debe ser garantizado el derecho a la libertad religiosa y de culto, reconocido en el artículo 16 de la Consti-

---

(49) Este aspecto se consideraba también en el Decreto 2082 (punto 13.1 del Anexo).

(50) Véase, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, II, citado, pp. 70-71.

(51) El Decreto 2082 aludía al «libre envío y recepción de correspondencia», así como a «la comunicación telefónica» (letra *f*).

tución y desarrollado por la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa, la cual pormenoriza en el artículo 2.1 el contenido de este derecho. En particular, debe garantizarse el derecho del enfermo a «practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión»... y a «no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales» (art. 2.1, *b*, Ley Orgánica 7/1980).

Es obvio que para que exista una posibilidad de ejercicio real de estos derechos por parte del enfermo, el hospital debe poner los medios para que tales actos de culto y tal asistencia religiosa pueda tener lugar (52). Pero, como se desprende del párrafo citado de la Ley Orgánica 7/1980, tal puesta a disposición de medios debe realizarse dentro del respeto a la libertad del enfermo y a las diversas opciones religiosas que puedan existir.

Las precisiones que dedicaba al tema el Decreto 2082/1978 resultaban perfectamente encuadrables en el nuevo ordenamiento constitucional —posterior en unos meses a la publicación de tal Decreto—, puesto que reconocía, junto al respeto a las creencias religiosas del enfermo (letra *f*), el derecho a «la asistencia religiosa según su confesionalidad» (letra *j*): No se refería, en cambio, a la posibilidad del enfermo de practicar actos de culto (53).

Entre los derechos del enfermo se encuentra también la propia libertad de salida o abandono del Hospital, que no es sino un aspecto más de la libertad de la persona, reconocida en el artículo 17 de la Constitución (véanse también arts. 1.1 y 10.1).

Sólo por ley pueden introducirse restricciones a la libertad de la persona (art. 17.1 Constitución), y —por lo que ahora interesa— sólo por ley puede disponerse la hospitalización obligatoria. Tal hospitalización obligatoria viene dispuesta en la legislación especial por

---

(52) A este punto se refiere, de forma general, el artículo 23 de la Ley Orgánica 7/1980:

«Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales...»

(53) Sí que se refiere a esta posibilidad, en cambio, el Decreto francés de 14 de enero de 1974, que en un sentido muy similar al que se desprende de los principios enunciados sobre libertad religiosa en España, pero con una redacción más precisa que la del Decreto 2082, dispone (art. 45):

«Los internados deben ser puestos en condición de participar en ejercicio de su culto, y pueden recibir, previa demanda suya dirigida a la administración del hospital, la visita del ministro del culto de su elección.»

razones de salud pública, en el caso de enfermedades contagiosas (54), y también en materia de internamiento de enfermos mentales (55). En los demás supuestos, la hospitalización tiene carácter voluntario y, por tanto, puede cesar en cualquier momento a petición del enfermo (56).

Así venía dispuesto con carácter general por el R. D. 2082, al afirmar:

«La libertad de abandono del Hospital y salida inmediata del Establecimiento»;

si bien se añadía:

«haciendo constar por escrito la renuncia a ulterior reclamación de indemnización».

La exigencia introducida en este último inciso resultaba criticable, a mi juicio. La propia validez de una renuncia así realizada —como requisito para abandonar el hospital— resulta más que dudosa por estar arrancada coactivamente y adolecer, por tanto, de un vicio del consentimiento (57).

El hecho de abandonar el paciente el hospital en contra del criterio del médico que le atiende puede ser —efectivamente— decisivo a la hora de valorar la responsabilidad de éste y del centro sanitario; por ejemplo, por interrumpir el nexo causal entre una acción negligente realizada en el hospital y un resultado dañoso para el enfermo —que podría no haberse derivado en caso de haber conti-

(54) Véase la base única del Título Preliminar de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944, así como la base 4.<sup>a</sup> de la misma. En particular, véase el Decreto de 10 de enero de 1919 sobre prevención de enfermedades contagiosas, así como el Decreto de 26 de julio de 1945, que aprobó el Reglamento para la lucha contra enfermedades infecciosas, desinfección y desinsectación. Este último ha sido complementado por el R. D. 2050/1982, de 30 de julio, en lo concerniente a las enfermedades de declaración obligatoria.

(55) El internamiento de enfermos mentales sigue regulado en nuestro Derecho por el Decreto de 3 de julio de 1931. Sobre el tema véanse R. BERCOVITZ: *La marginación de los locos y el Derecho*, Taurus, Madrid, 1976, pp. 125 y ss., y E. COBREROS MENDAZONA: *Aspectos jurídicos del internamiento de los enfermos mentales*, núm. 94 de esta REVISTA (1981), pp. 135 y ss.

(56) Contrario al principio que aquí se mantiene resulta el texto del artículo 150 del Reglamento de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, según el cual:

«Durante la permanencia en régimen de hospitalización no podrá permitirse la salida del enfermo de la institución sin el consentimiento del jefe del Servicio correspondiente y el permiso de la Dirección de la misma.»

(57) Véanse artículos 1265 y 1267 del Código Civil.

nuado éste internado en el hospital—, pero no basta para excluir toda posible responsabilidad civil (pensemos en el supuesto en el cual el enfermo abandona el hospital después de que se le haya producido negligentemente un daño irreparable). En cualquier caso, son sólo los Tribunales los llamados a decidir sobre la procedencia de indemnización por daños en el caso concreto y, en particular, si el abandono del Hospital por el paciente excluye la responsabilidad civil. Responsabilidad civil que no puede quedar enervada por una renuncia forzada del paciente.

Por ello sería más acertado —a mi juicio— disponer la obligación del enfermo de firmar una declaración haciendo constar que abandona el Hospital por decisión propia y en contra del criterio del facultativo que lo atiende, en los casos en que así suceda.

Junto a esta exigencia de renuncia se mencionaban algunas excepciones a la libertad de salida. Además de los supuestos aludidos de hospitalización obligatoria de enfermos mentales o por razones de salud pública, se decía que:

«En caso de duda y, desde luego, cuando a juicio del o de los facultativos, pueda producirse un riesgo grave para la vida del paciente o de los demás, se pondrá el caso en conocimiento inmediato de la autoridad judicial competente y se estará a lo que ésta resuelva.»

Resultaba sorprendente esta competencia judicial —creada por una norma reglamentaria— para disponer la continuación de la hospitalización con carácter obligatorio. Pero lo cierto es que el Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad del juez de decidir en un supuesto perfectamente comparable al que se prevé aquí —aplicación de un tratamiento contra la voluntad del paciente por decisión del juez cuando aquél se encuentra en una situación de peligro (58)—, considerando, por tanto, la situación de necesidad suficiente para legitimar esta medida coactiva así adoptada.

(58) Se trata del auto de 14 de marzo de 1979. La cuestión era la siguiente: una enferma testigo de Jehová se oponía a que le fuera realizada una transfusión de sangre, encontrándose en un estado de peligro. Ante esta negativa, los médicos acudieron a un Juez, que ordenó la realización de dicha transfusión. Posteriormente, la enferma se querelló contra dicho Juez, pero tal querrela no fue admitida por el Tribunal Supremo. Véase sobre ello C. ROMEO: *El médico y el Derecho Penal*, citada, pp. 372 y ss. El Tribunal Supremo entendió que concurría la exigencia de estado de necesidad y que una inhibición del Juez podía haber dado lugar a responsabilidad penal por auxilio omisivo al suicidio o por omisión del deber de socorro.

El enfermo tiene derecho también a la intimidad personal (artículo 18.1 de la Constitución).

Obviamente, el ámbito de intimidad personal del que se beneficia el sujeto se ve en muchos casos condicionado en la práctica por la propia estructura del hospital, que no dispone de habitaciones individuales para los enfermos. Pero no cabe duda de que, al margen de estos condicionamientos «estructurales», la intimidad del paciente debe ser respetada por el personal hospitalario y por los terceros en la medida de lo posible (59), siendo de aplicación en el hospital el artículo 18.1 de la Constitución y 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 (60).

Este punto no era considerado específicamente por el Decreto 2082, a diferencia de lo que sucede en otros textos sobre la materia a los que hemos aludido. Así, el punto 6 de la Carta del enfermo en el hospital aprobada por el Comité Hospitalario de la CEE señala que:

«El enfermo tiene derecho, en la medida permitida por las condiciones ambientales, a la protección de su vida privada.»

Por su parte, el Decreto francés de 14 de enero de 1974 recoge un aspecto particular de la protección de la intimidad, al disponer que:

«Los periodistas, los fotógrafos, los vendedores y los representantes de comercio no pueden tener acceso a los enfermos salvo el consentimiento de éstos y con autorización escrita de la administración. Los enfermos pueden pedir al personal de vigilancia que impidan la presencia de personas determinadas indicadas por ellos.»

---

(59) Formulándolo de modo inverso y utilizando la expresión del Tribunal Constitucional, puede decirse que la intimidad de la persona sólo puede ser limitada en la medida en que resulte estrictamente indispensable para el cumplimiento de la misión propia del hospital (véase sentencia de 15 de junio de 1981 más atrás citada). Por lo demás, se comprenderá que el tema es difícil y problemático, tanto en lo relativo al ámbito de protección —así, no todas las personas mantienen un mismo ámbito de reserva o intimidad— como en lo que se refiere a las medidas a adoptar para su garantía, y merecería ser considerado con detenimiento.

(60) Concretamente, en el ámbito hospitalario pueden tener lugar algunas de las intromisiones ilegítimas tipificadas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982.

Tampoco se contemplaba expresamente en el Decreto 2082 la posibilidad del enfermo de oponerse a ser utilizado para la investigación o experimentación y para la enseñanza médica. Con todo, tal posibilidad deriva del propio artículo 10.1 de la Constitución, que afirma con carácter general el principio de dignidad de la persona y de libre desarrollo de la personalidad (61).

## V. EL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE A LAS PRESTACIONES DIAGNÓSTICAS Y CURATIVAS

El consentimiento del paciente es, en principio, un requisito necesario en todas las pruebas instrumentales (prestaciones diagnósticas) y tratamientos sanitarios (prestaciones curativas). El principio del consentimiento cubre, por tanto, toda la actividad sanitaria, y no sólo aquellos casos que llevan aparejado un riesgo especial o que implican una alteración o disminución de la integridad física de la persona.

Y ello se desprende, sin más, del propio principio de libertad de la persona, garantizado por la Constitución (artículo 1.1: libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; artículo 10.1: el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social; artículo 17.1: derecho a la libertad de la persona) (62).

---

(61) Esta posibilidad suele contemplarse en los textos de Derecho comparado a los que se ha hecho referencia. Véase, por ejemplo, punto 5 de la Carta aprobada en la CEE, punto 10 de la Declaración de derechos del Estado de Minnesota y puntos 8 y 9 de la de Massachussets.

En Derecho español la necesidad de consentimiento para la experimentación está prevista con detalle en el artículo 5 de la Orden del Ministerio de Sanidad de 3 de agosto de 1982, que desarrolla el R. D. de 14 de abril de 1978 sobre ensayos clínicos de productos farmacéuticos y medicinales.

La necesidad de consentimiento para ser utilizado para la enseñanza está prevista para los beneficiarios de la Seguridad Social (art. 7 del Decreto de 12 de abril de 1946 y art. 12 del Decreto de 22 de marzo de 1948 sobre las relaciones entre el Seguro de Enfermedad y las Facultades de Medicina). No se prevé, en cambio, el consentimiento previo de los enfermos de Beneficencia para ser empleados a efectos de enseñanza (véase art. 5 del Decreto de 27 de enero de 1941). Véase sobre ello MUÑOZ MACHADO: *El secreto médico*, cit., pp. 175 y ss.

(62) La afirmación de la necesidad de «consentimiento informado» como presupuesto de la actividad médica es unánime en Derecho comparado. Así, en Francia, donde se habla tradicionalmente del *consentement éclairé* (véase, por ejemplo, R. y J. SAVATIER-AUBY y PEQUIGNOT, *Traité...*, cit., pp. 223 y ss.), o en Estados Unidos, donde se habla del *informed consent* (para un amplio estudio véase CURRAN-SHAPIO: *ob. cit.*, pp. 411 y ss.).

Para fundamentar su necesidad se habla en Francia de la inexistencia de un po-

De esta regla de la voluntariedad de los reconocimientos y tratamientos sanitarios se exceptúan los supuestos en los que la legislación sanitaria prevé su obligatoriedad por razones de protección de la salud pública (63). En aquellos supuestos en que está en juego la salud colectiva, el sujeto pierde esa esfera de disposición o de autodeterminación sobre su propia salud, en la medida en que así lo dispone una ley (64).

El principio general al que nos referimos no impide —sin embargo— que el ordenamiento jurídico reaccione en determinados casos frente al rechazo del paciente al tratamiento, «sancionando» de alguna forma su conducta. Así sucede en el campo de la medicina contractual, donde la inobservancia del tratamiento por el paciente permite al médico poner fin al contrato (65). También en el ámbito de las relaciones de trabajo (66) o en el de la Seguridad Social, donde el rechazo de un tratamiento por el beneficiario puede dar lugar a la pérdida de las prestaciones económicas que pudieran corres-

---

der de coacción del médico sobre el enfermo, conectándolo también con el carácter contractual de las relaciones entre médico y paciente (véase *Traité...*, cit., pp. 259 y 261), en las cuales el consentimiento al contrato no implica el consentimiento a los sucesivos actos a que dé lugar la relación, en virtud del principio de «indisponibilidad de la persona humana» (vid., pp. 223-224). La misma idea aparece en Alemania como falta de un poder propio del médico (*ärztlicher Eigenmacht*), hablándose también de un derecho de autodeterminación (*Selbstbestimmungsrecht*) del paciente. Véase, por ejemplo, MERTENS: *Münchener Kommentar*, § 823, cit., n. 422, quien se refiere también a las raíces jurídico-constitucionales de la necesidad de consentimiento (Ley Fundamental de Bonn, arts. 1.1: dignidad del hombre; 2.1: libre desarrollo de la personalidad; 2.2, frase primera: derecho a la vida y a la integridad física). A la libertad personal como fundamento de la necesidad de consentimiento se ha referido en Italia G. CATTANEO: *Il consenso del paziente al trattamento medico-chirurgico*, «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», 1959, pp. 949 y ss.

(63) En materia de enfermedades contagiosas se prevén determinadas medidas con carácter obligatorio, como son el reconocimiento individual, las vacunaciones, la desinfección, el aislamiento o la hospitalización. Véanse, por ejemplo, las disposiciones citadas en nota 54. En esta materia, nuestra tradición normativa otorga a la Administración sanitaria unos poderes muy amplios y es escasamente respetuosa con el principio de legalidad y, en general, con las garantías jurídicas del particular, como ha puesto de relieve MUÑOZ MACHADO (*La sanidad pública en España*, cit., especialmente pp. 34-56).

(64) Mención aparte merece también el internamiento de enfermos mentales al que se ha hecho referencia más atrás (véase nota 55).

(65) Así se ha venido reconociendo expresamente en Derecho francés. Véanse R. SAVATIER, *Traité...*, cit., pp. 269-270, y J. M. AUBY: *Droit de la santé*, cit., p. 333.

(66) El tema de la incidencia de la enfermedad en el contrato de trabajo ha sido estudiado con detalle en Italia y en Derecho comparado por Giorgio AMORTH (*La malattia nel rapporto di lavoro*, Cedam, Padova, 1974). No puede decirse —según este autor— que del contrato de trabajo derive un deber de mantenerse en buena salud. Sin embargo, la enfermedad causada por dolo o por culpa grave tiene una incidencia en la relación de trabajo, pudiendo llegarse incluso al despido (véase especialmente pp. 25 y ss., 78 y ss., y 139 y ss.).

ponderle (67) (68). En ninguno de estos casos —sin embargo—, el paciente está obligado, en sentido propio, a seguir el tratamiento propuesto: aunque existan formas de coacción indirecta —señaladamente la pérdida de las prestaciones de Seguridad Social—, no se trata de una obligación coercible por el poder público (69).

Salvo los supuestos de tratamientos sanitarios obligatorios legalmente previstos, a los que se ha aludido, ninguna medida coactiva en sentido propio puede tomarse en esta dirección, pues prevalece el principio constitucional de libertad de la persona. O, en otros términos: el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 de la Constitución) no es un derecho-deber. Excepto en aquellos casos en que está implicada la salud colectiva, y así se establece en una disposición legal, la persona tiene un derecho a la protección de su salud, pero no un deber a la misma; esto es, tiene un ámbito de autodeterminación en relación con su propia salud. Sólo a él co-

---

(67) Véanse artículos 102.1 y 2 de la Ley General de Seguridad Social (texto refundido aprobado por Decreto de 30 de mayo de 1974) y 17 del Decreto 2766/1967, de 17 de noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos de la Seguridad Social.

El artículo 102.1 de la Ley General de Seguridad Social dispone concretamente que:

«El beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten. Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por invalidez.»

Sobre el procedimiento a seguir en caso de negativa del beneficiario, véanse artículos 102.2 de la Ley General de Seguridad Social y 17.2, 3 y 4 del Decreto 2766/1967. Sobre la «razonabilidad» de la negativa deciden en último lugar las Comisiones Técnicas Calificadoras (hoy Comisiones de Evaluación de Incapacidades; véase Real Decreto 2609/1982, de 24 de septiembre).

La constitucionalidad de esta medida ha sido planteada en Italia, donde fue introducida —en unos términos similares a los que hemos visto en Derecho español— por el artículo 32 del Real Decreto n. 1765, de 17 de agosto de 1935, en relación con los trabajadores accidentados. Para C. MORTATI la justificación de esta forma de coacción se encuentra en el hecho de que la sociedad no tiene por qué soportar la carga de unas prestaciones asistenciales que podrían evitarse si no fuera por la negativa del interesado. En todo caso, añade, el juicio sobre la justificación de la negativa debe tener un carácter objetivo y técnico, y no puede ser dejado en manos del interesado (véase C. MORTATI: *La tutela della salute nella Costituzione italiana*, en *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, III, Milán, 1972, pp. 433 y ss., 435).

(68) Otra forma distinta de coacción es la que se prevé en Francia por la normativa hospitalaria. El artículo 42 del Decreto de 14 de enero de 1974 dispone la posibilidad de expulsar del hospital al enfermo que rechaza un tratamiento.

(69) En estos casos se trata más bien de una *carga*, en cuanto que el rechazo del tratamiento puede implicar para el sujeto la privación de un determinado beneficio.

rresponde decidir si asume determinados riesgos con objeto de mejorar su salud, o si acepta la alteración de su integridad física para evitar un riesgo importante, etc. (70).

Sin embargo, tampoco este principio tiene un carácter absoluto, porque —como veremos— hay supuestos en los cuales el ordenamiento jurídico protege la salud del individuo —en su propio interés— incluso en contra de su voluntad. Así sucede en determinadas situaciones de necesidad con peligro para la vida, en las que ésta tiene una protección más intensa que la propia libertad del individuo.

Dado el fundamento en el que descansa la necesidad de consentimiento —la libertad de la persona—, no puede sorprender que la prestación del consentimiento por el paciente sea relevante en los dos sectores del ordenamiento jurídico que han instrumentado tradicionalmente la protección de este derecho de la persona o bien jurídico: el Derecho civil y el Derecho penal. Así, el consentimiento del paciente es, en general, un presupuesto de licitud de la actividad del médico en los ámbitos civil y penal. Por ello, no puede sorprender tampoco que este tema haya sido tratado tradicionalmente a propósito de la responsabilidad civil y penal del médico (71).

---

(70) Los desarrollos de la doctrina italiana en este punto —inexistencia de un deber a la propia salud fuera de los casos en los que está comprometida la salud colectiva— son particularmente ricos e interesantes. Tales planteamientos giran en torno al párrafo 2.º del artículo 32 de la Constitución italiana, según el cual:

«Nadie puede ser obligado a un determinado tratamiento sanitario, salvo por disposición de la ley. La ley no puede en ningún caso violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana.»

Para C. MORTATI, un deber a la propia salud sólo podría derivarse del deber constitucional de trabajar (art. 4 de la Constitución italiana; véase, en el mismo sentido, el art. 35 de la Constitución española) y sólo en relación con las enfermedades que incapaciten para el trabajo, pero —sigue diciendo— sería necesario demostrar que al deber de trabajar le corresponden sanciones jurídicas, lo cual no se deduce de la legislación vigente (véase C. MORTATI: *La tutela della salute*, cit., pp. 436-439). Pueden verse también, como trabajos más significativos en este punto, S. LESSONA: *La tutela della salute pubblica*, en *Commentario sistematico della Costituzione* (dirigido por CALAMANDREI y LEVI), Florencia, 1950, vol. I, pp. 333 y ss.; L. CARLASSARE: *L'art. 32 della Costituzione e il suo significativo*, en AA. VV.: *L'amministrazione sanitaria*, Milán, 1967, pp. 104 y ss.; D. VICENTI AMATO: *Il 2º coma dell'art. 32*, en el *Commentario della Costituzione* (dirigido por BRANCA), *Rapporti etico-sociali*, Bologna-Roma, 1976, pp. 167 y ss.

(71) Además de los estudios citados en nota 62, véanse L. KORNPBST: *Les responsabilités du médecin*, cit., pp. 233 y ss.; en Italia, F. INTRONA: *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Cedam, Padua, 1955, pp. 24 y ss.; G. CATTANEO: *La responsabilità del professionista*, Giuffrè, Milán, 1958, pp. 260 y ss.; F. MANTOVANI: *La responsabilità del medico*, en «Rivista Italiana di Medicina Le-

Pero el hecho de que el consentimiento sea, en general, un presupuesto de licitud civil (72) y penal (73) de la actividad médica no autoriza a concluir que éste sea suficiente para asegurar la licitud de tal actividad —pues no es el único requisito—, ni tampoco que sea siempre necesario (74).

En cuanto a este último aspecto, la doctrina ha individualizado una serie de supuestos en los que el médico puede y debe actuar sin el consentimiento del paciente. Sin pretender hacer aquí una exposición detallada, para la que es posible remitirse a una matizada doctrina (75), deben mencionarse los siguientes supuestos:

---

gale», 1980, pp. 16 y ss., 22 y ss.; E. FORTUNA: *La responsabilità professionale del medico nella terapia del dolore*, id., pp. 717 y ss.

En España véase una referencia en J. SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil*, Madrid, 1977, pp. 672-673. Desde la perspectiva penal el estudio más completo sobre el consentimiento es el realizado por C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 285 y ss.

(72) Así, en Francia se afirma que el defecto de consentimiento es un supuesto de falta médica, y en cuanto tal se considera fuente de responsabilidad civil, de modo que el médico deberá responder de los daños al paciente que resulten de su intervención. Véanse R. SAVATIER: *Traité...*, cit., pp. 223 y ss., y 291; AUBY: *Droit de la santé*, cit., pp. 363-364. KORNPROBST matizaba señalando que la falta de consentimiento no implica *ipso facto* la responsabilidad del médico. Se podría decir —según este autor— que la falta de adhesión o de asentimiento del enfermo transfiere al médico los riesgos de la operación y hace desaparecer la irresponsabilidad que cubre su actuación mientras sea conforme a «los datos actuales de la ciencia» —expresión, esta última, acuñada por la jurisprudencia francesa para aludir al estándar de comportamiento exigido al médico—. Véase L. KORNPROBST: *Les responsabilités du médecin*, cit., pp. 437-438.

(73) No se trata —como se ha sostenido a veces— de una causa de justificación de unas presuntas lesiones que inflige el médico en su intervención, sino como ha puesto de relieve ROMEO CASABONA, de un elemento de exclusión del tipo del delito de coacciones del artículo 496 del Código Penal. Es decir, que si el médico actúa sin el consentimiento del paciente, incurre en un atentado contra la libertad sancionado por el Derecho Penal, concretamente por el delito de coacciones. Para sostener este criterio, ROMEO CASABONA aduce dos argumentos: en primer lugar, un dato de derecho positivo —que, por otro lado, él critica— constituido por el artículo 428 del Código Penal: la falta de relevancia del consentimiento de las lesiones. En segundo lugar, afirma que el médico no incurre en el tipo de las lesiones porque no atenta contra los bienes jurídicos protegidos en tales preceptos, sino que se mueve en su misma dirección: la protección de la salud. Por el primer argumento, el médico no podría utilizar en el Derecho positivo actual el consentimiento como causa de justificación en las lesiones. Por el segundo —que es el más importante—, el médico no lo necesita porque no está dentro del tipo. Véase ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 285 y ss.

(74) Véase CATTANEO: *Il consenso*, cit., p. 949, quien señala que la licitud del tratamiento no se funda exclusivamente en el consentimiento, pero por regla general está subordinada al mismo, es decir, que el consentimiento no es suficiente para asegurar la licitud, pero sí es normalmente necesario.

(75) Véase CATTANEO: *Il consenso*, cit., pp. 965 y ss. Una excelente exposición del tema en nuestro Derecho puede verse en C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 357 y ss., con abundantes referencias al Derecho alemán. Véase también M. BAJO FERNÁNDEZ: *La intervención médica contra la voluntad del paciente*, «Anuario de Derecho Penal», 1979, pp. 491 y ss.

a) En primer lugar, el paciente puede ser menor o incapaz, en cuyo caso debe prestar el consentimiento su representante legal.

b) Es posible, por otra parte, que las propias condiciones clínicas del paciente impidan a éste prestar su consentimiento a una determinada intervención. En tal caso, el médico puede intervenir si se encuentra ante un estado de necesidad, es decir, si existe un peligro grave e inmediato para la salud o la vida del paciente. En otro caso, deberá esperar a que el paciente esté en condiciones de prestar el consentimiento o a que lo presten sus familiares (76).

c) Incluso contra la voluntad expresa del paciente, debe intervenir el médico si existe un grave peligro para su vida y si no existe otra posibilidad de evitarlo que el tratamiento propuesto por el médico y rechazado por el paciente (77).

Como se comprenderá, las situaciones que pueden plantearse son muy distintas y muy problemáticas. Especial interés ha suscitado la cuestión planteada por los testigos de Jehová al negarse a que les sean realizadas transfusiones de sangre por razones religiosas, incluso en situaciones en las cuales la aplicación de esta medida resulta indispensable para la conservación de su vida. Se presenta aquí un difícil conflicto entre la libertad religiosa y la protección de la vida del individuo, conflicto que en nuestro Derecho, hasta el momento, ha sido resuelto dando primacía a esta última (78).

---

(76) Véanse CATTANEO: *Il consenso*, cit., pp. 965-968; C. ROMEO: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 362-369.

(77) Esto es así sin duda para el supuesto en que el paciente se oponga al tratamiento con intenciones suicidas, supuesto en el que todos los autores coinciden en afirmar que el médico puede actuar lícitamente. Véase en este sentido C. ROMEO: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 369 y ss. Según este autor, la licitud de esta intervención puede derivarse de varios preceptos. En primer lugar, del estado de necesidad. En segundo lugar, del artículo 489 bis del Código Penal, que sanciona la omisión del deber de socorro. Por último, del hecho de ser antijurídico el suicidio en el Código Penal, aunque no típico, como se deduce del castigo de los partícipes en el artículo 409. En virtud de los dos últimos preceptos, el médico está obligado a actuar, dado su carácter imperativo.

Parecidos razonamientos lleva a cabo CATTANEO en Italia para justificar esta solución. Para este autor el consentimiento no puede convertirse en un acto de disposición de la propia vida, que sería nulo por ilicitud de la causa. La prueba es que homicidio consentido constituye delito (art. 579 del Código Penal italiano) y también la acción de quien «facilita de cualquier modo la ejecución» de un suicidio (art. 580). Este segundo delito cometería el médico que no cumpliera su deber de intervenir.

(78) El tema ofrece mayores dificultades que el referente a la negativa por razones suicidas. Sobre el tema véase el auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979. En la doctrina, M. BAJO FERNÁNDEZ: *La intervención*, cit., pp. 493 y ss., en un sentido crítico del auto mencionado. Véase también C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 372 y ss.

Pero, al margen de estos supuestos extremos, no cabe duda de que el principio del consentimiento cubre toda la actividad diagnóstica y terapéutica de los médicos y también aquella que se desarrolla en los hospitales. Se puede concluir, por tanto, que, en ausencia de un apoderamiento legal a favor del médico, rige el principio de libertad de la persona, lo que implica que aquél debe apoyarse en el consentimiento del paciente para poder actuar.

No se ha dicho hasta ahora, sin embargo, que este consentimiento deba ser escrito, y ni siquiera que deba ser expreso. Respecto a lo segundo, parece claro que hay supuestos (pensemos en sencillas pruebas instrumentales) en los que puede bastar la simple falta de oposición del paciente y en los que el médico cumple con informar del tipo de actuación de que se trata. El carácter escrito del consentimiento no se exige por las reglas de responsabilidad civil y penal del médico (79).

Pues bien, en relación con ello se observa la tendencia a que la normativa hospitalaria exija la prestación del consentimiento por el enfermo con carácter expreso, e incluso escrito, en una serie de supuestos de especial relevancia, y también con unas excepciones. Así sucedía en nuestro Decreto 2082, en el que tal exigencia venía introducida por la letra *c*.

El sentido de esta medida no es otro que el de introducir una garantía más para que la voluntad de los enfermos sea efectivamente respetada en el hospital. Una garantía añadida a las otras que existen —como hemos visto— en la propia Constitución y en los ordenamientos civil y penal.

Importa destacar ahora que, con respecto a estas últimas, la norma a que nos referimos —la del Decreto 2082, o la que eventualmente la pueda sustituir— se mueve en un plano distinto. Así, por lo que respecta a la garantía penal, se superpone pero no se confunde con ella, porque opera en un plano diferente:

---

El problema ha sido muy discutido en Italia, abordándose allí desde la óptica del Derecho Constitucional. Pueden verse sobre ello los estudios de M. SANTILLI SUSINI: *Rifiuto di trattamento sanitario per motivi religiosi*, «Responsabilità civile e previdenza», 1977, pp. 408 y ss.; D. D'ALESSIO: *I limiti costituzionali dei trattamenti «sanitari» (a proposito dei testimoni di Geova)*, «Diritto e Società», 1981, pp. 529 y ss.; F. MODUGNO: *Trattamenti sanitari «non obbligatori» e Costituzione*, id., 1982, pp. 303 y ss., y V. CRISAFULLI: *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, id., 1982, pp. 557 y ss.

(79) A la sencillez de las formas seguidas por el Derecho Penal para el consentimiento del paciente se ha referido también C. ROMEO: *El médico*, cit., pp. 344 y ss.

- Por un lado, la exigencia del consentimiento escrito en una serie de supuestos no excluye la necesidad del mismo —con independencia de su forma— en los demás casos.
- Por otra parte, el incumplimiento de tal norma tendrá su sanción en el ámbito disciplinario, pero no implicará, sin más, una responsabilidad penal (puede suceder, por ejemplo, que el consentimiento haya existido, aunque no con carácter escrito).

Pero, en cualquier caso, es obvio que la exigencia a que nos referimos debe estar en armonía con el Derecho penal y, en concreto, debe evitarse que se exija tal consentimiento escrito en los casos en los que el Derecho penal permite, o exige incluso, actuar sin consentimiento.

La tendencia a introducir la exigencia a que nos referimos se observa en Derecho comparado —donde suele aparecer en las declaraciones de derechos o estatutos del enfermo (80)— y fue incluida también en el Decreto 2082/1978. La letra c de este Reglamento disponía, concretamente, que constituye una obligación del Hospital y de su personal:

«La previa conformidad y *consentimiento expreso y escrito del enfermo* y, en caso de su menor edad o imposibilidad, de sus parientes más próximos o representante legal, *para aplicar medios terapéuticos o realizar intervenciones que entrañen grave riesgo para su vida o de las que necesaria o previsiblemente se deriven lesiones o mutilaciones permanentes*, a menos que la urgencia y gravedad del caso hagan indispensables, a juicio del facultativo o facultativos, la aplicación o intervención inmediatas.»

---

(80) Véanse, por ejemplo, puntos 3 y 4 de la Declaración aprobada por la *American Hospital Association* en 1972 y punto 3 del documento aprobado por el Comité Hospitalario de la CEE en 1979; concretamente establece este último:

«El enfermo tiene derecho a aceptar o rechazar toda prestación diagnóstica o curativa. Cuando un enfermo es incapaz (por ley o de hecho) de ejercitar este derecho, éste es ejercitado por su representante o por una persona designada por ley.»

Algunos modelos de impresos utilizados para la prestación del consentimiento escrito pueden verse en CURRAN-SHAPIRO: *ob. cit.*, pp. 466 y ss.

La delimitación de supuestos en los que se exige este consentimiento escrito —intervenciones que entrañen grave peligro para la vida o bien lesiones o mutilaciones permanentes seguras o probables— puede considerarse acertada. Con ello, la mayor parte de la actividad hospitalaria queda fuera de esta exigencia.

En cambio, me parece que podría perfeccionarse la redacción de la norma en lo que se refiere a los casos que se excepcionan de esta exigencia.

En particular, en lo relativo a los sujetos que no pueden prestar el consentimiento hay que distinguir la imposibilidad por la propia situación de enfermedad y la incapacidad por menor edad, o bien por defecto o enfermedad mental. En este segundo supuesto se trata de una incapacidad jurídica de obrar que haría inválido el consentimiento, mientras que el primero se refiere a la imposibilidad material misma para prestarlo.

Creo —por ello— que deberían matizarse los supuestos exceptuados en el siguiente sentido:

a) Cuando el sujeto sea menor de edad o incapaz por enfermedad o defecto mental (81) o esté imposibilitado para prestar el consentimiento, debe acudir a sus representantes legales o familiares más próximos.

b) Propiamente, la prestación del consentimiento escrito debería excepcionarse:

- en los casos mencionados en *a*, cuando se dé una situación de peligro grave e inmediato para la salud o vida del paciente (82);
- en todo caso, cuando la conservación de la vida del paciente dependa de una actuación del personal sanitario, cuya omisión o retraso pueda resultar decisiva (83).

---

(81) Las reglas penales para la prestación del consentimiento son más flexibles puesto que pueden prestar un consentimiento con relevancia penal los menores o personas incapacitadas que tengan una suficiente capacidad natural de entendimiento. Véase sobre ello C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., páginas 313-325. Frente a ello me parece más adecuado que la normativa hospitalaria se remita a las normas generales (civiles) sobre capacidad por su mayor concreción.

(82) En estos casos no es oportuno que la normativa hospitalaria introduzca un trámite que puede resultar a la postre perjudicial para el propio paciente. Procede dejar al médico la valoración de los riesgos que evita en comparación con los que asume.

(83) La normativa hospitalaria no puede introducir en estos casos una obligación (la necesidad de prestación del consentimiento con carácter expreso y escrito) que sería contraria al deber del médico de actuar incluso frente a la oposición del paciente.

VI. EL DERECHO DE INFORMACIÓN SOBRE SU ESTADO DE SALUD

El deber del médico de informar al paciente se ha considerado tradicionalmente como una de las obligaciones de la relación contractual que existe entre ambos (84), así como un presupuesto de validez del consentimiento para los actos e intervenciones del médico (85). En cuanto a esto último, se comprende sin dificultad que sin una información completa sobre la intervención que el médico propone, así como de sus riesgos, no sea posible un consentimiento válido. «Consentimiento informado» es la terminología que se ha consolidado en Derecho comparado.

Este carácter de obligación nacida del contrato de prestación de servicios médicos, a la vez que su clara conexión con el consentimiento, respecto del cual tiene un carácter instrumental, explican que el tema haya sido tratado también tradicionalmente con ocasión de estudiar la responsabilidad civil y penal del médico (86).

El *quantum* concreto de información debida al paciente —en ocasiones, objeto de discusión y polémica— no ha sido siempre el mismo y no coincide en los diversos sistemas jurídicos.

Así, en Francia, doctrina y jurisprudencia lucharon contra una concepción —plasmada en las normas de deontología médica— que

(84) Véanse R. y J. SAVATIER-AUBY-PEUIGNOT: *Traité...*, pp. 244 y ss.; AUBY: *Droit de la santé*, pp. 324 y ss.; CATTANEO: *Il consenso*, p. 960, quien señala que el deber de informar deriva de la buena fe que preside la ejecución del contrato, y C. LEGA: *Il dovere del medico di informare il paziente*, «Rivista di Diritto del Lavoro», 1960, páginas 203 y ss., 219.

(85) Véanse en este sentido R. y J. SAVATIER-AUBY-PEUIGNOT: *Traité...*, pp. 228 y ss.; CURRAN-SHAPIRO: *Medicine, Law and Forensic Science*, cit., pp. 411 y ss.; MERTENS: *Münchener Kommentar*, § 823, cit., núms. 422 y ss., quien señala que la obligación de información tiende a garantizar también —como presupuesto del consentimiento— el derecho de autodeterminación del paciente, y CATTANEO: *Il consenso*, pp. 959-960, quien subrayando esta conexión con el consentimiento, afirma que se trata también en el fondo del respeto a la personalidad y a la libre voluntad del enfermo por parte de quien se encuentra respecto de él en una situación de supremacía por sus conocimientos científicos y por el propio estado físico disminuido del paciente: se trata, en definitiva, de no traicionar la confianza que el cliente deposita en el médico.

(86) Así, entre los estudios citados, especialmente los de CURRAN-SHAPIRO y MERTENS para el Derecho americano y alemán, respectivamente. Véase también, por ejemplo, F. INTRONA: *La responsabilità professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, cit., pp. 29-30. El estudio citado de G. CATTANEO es un capítulo de su libro sobre *La responsabilità del professionista*, Milán, 1958; etc.

En España, véase una breve referencia en J. SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil*, cit., p. 673. El estudio más completo existente sobre el deber de información está realizado a propósito de la responsabilidad penal del médico (C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 325 y ss.).

permitía al médico ocultar los resultados de su examen y su pronóstico e imponer, de alguna forma, al enfermo el tratamiento a seguir (87). Hoy, esa situación ha cambiado (88), pero no se ha llegado a alcanzar el mismo grado de exigencia que existe en los Estados Unidos, en cuya tradición jurídica no se permite ocultar nada al paciente (89).

En general, puede decirse que la tendencia advertida en los últimos años ha sido claramente favorable a la máxima información del enfermo, frente al punto de vista tradicional de la deontología médica al que hemos aludido —punto de vista al que de algún modo apunta el mismo término de *paciente*, acuñado en diversos idiomas para designar al enfermo—. Se trata de una tendencia avalada incluso por razones terapéuticas, en cuanto que hoy se valora positivamente —en general— la participación activa del enfermo y el conocimiento de las características de su enfermedad para su propia curación. Entre nosotros, esta orientación se manifiesta de algún modo en las propias normas deontológicas de la profesión médica: frente al silencio de las Normas de 1945 (90), el Código de Deontología de 1979 (91) se refiere ampliamente a la obligación de informar del médico en sus artículos 18, 21, 22 y 25.

La obligación de informar no ha sido concebida —sin embargo— con un carácter absoluto en la tradición jurídica del continente. Así, en este ámbito se han venido afirmando algunas excep-

---

(87) Según este punto de vista, al someterse el paciente al médico otorgaría una firma en blanco, por la cual quedaría convertido en una especie de «menor» que abdica de su condición de *homo sapiens* (R. y J. SAVATIER, etc.: *Traité...*, pp. 22-23). Esta concepción estaba sostenida de modo influyente por el profesor PORTES y había penetrado en el Código de Deontología de 1947 (arts. 30 y 31). Fue duramente criticada por René SAVATIER, que la calificó de *imperialismo médico* (véase *Traité...*, páginas 22-23, 228 y 244 y ss.), considerando el tema como una de las materias objeto de divergencias entre médicos y juristas (véase, en este sentido, su estudio «Au confluent de deux humanismes: entente et mésentente entre médecins et juristes», en su obra *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, segunda serie, París, 1959, pp. 235 y ss., 241 y ss.).

(88) Véase el Código francés de Deontología Médica de 1979 (aprobado por Decreto 79-506, de 28 de junio de 1979). Publicado en «*Rivista Italiana di Medicina Legale*», 1980, pp. 131 y ss.

(89) Véase, en este sentido, AUBY: *Droit de la santé*, cit., p. 325; A. GAMBARO: *La responsabilità medica nella prospettiva comparatistica*, cit., pp. 40-41.

(90) Véase Anexo a la Orden del Ministerio de la Gobernación de 8 de septiembre de 1945, que aprobó el Reglamento de la Organización Médica Colegial.

(91) Véase el *Código de Deontología Médica*, editado por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, Madrid, 1979. A diferencia de lo que sucede en Francia, donde los Códigos de Deontología Médica se han venido aprobando por Decreto, el Ministerio de Sanidad y Seguridad Social se limitó a acusar recibo de dicho Código el 24 de abril de 1979.

ciones, como el caso en que el paciente sea incapaz intelectualmente para comprender la información, y los supuestos en que ésta pueda ser perjudicial para la propia salud del enfermo (92). Mayores dudas se han planteado en torno al supuesto de pronóstico grave o fatal. En este punto, parece que un pronóstico desesperado e irreversible puede ser ocultado al enfermo, pero no, en cambio, un pronóstico grave cuando éste deba prestar su consentimiento para una intervención del médico (93) (94).

Estas situaciones se recogen hoy en el campo de la ética profesional por el Código de 1979, que introduce dos excepciones al deber deontológico de informar:

a) Cuando la información resulte perjudicial para el enfermo (art. 22).

b) El supuesto de pronóstico grave o fatal, en cuyo caso «puede ser legítimo» no comunicarlo al enfermo (art. 25.1).

En todo caso, señala el Código que «es deber del médico decir la verdad siempre a los familiares del paciente, a menos que éste haya prohibido previamente esta revelación o haya designado a las personas a las que debe hacerse» (art. 25.3).

En caso de pronóstico grave o fatal, por tanto, las normas deontológicas permiten acudir a los familiares del paciente, criterio que se encuentra generalizado en los diversos Códigos deontológicos (95).

---

(92) Véase R. y J. SAVATIER-AUBY-PEQUIGNOT: *Traité...*, p. 245. LEGA justificaba aquí el silencio del médico afirmando que es deber del mismo *primum non nocere*, y que en estos casos el silencio es instrumental respecto a la función propia del médico (*Il dovere del medico*, cit., pp. 228-229).

(93) Véase G. CATTANEO: *ob. cit.*, p. 961.

(94) Como ha explicado ROMEO CASABONA (*El médico y el Derecho Penal*, cit., páginas 337-338), lo que existe en todos estos casos (enfermo mental, estado psíquico depresivo del enfermo, enfermedades de pronóstico muy grave como el cáncer, etc.) es una graduación del deber de información que sufre una atenuación o que llega incluso a desaparecer en función de las circunstancias del caso. La información debe realizarse, además, teniendo en cuenta la formación intelectual y la capacidad de comprensión del paciente, de modo que sea sencilla si esta formación es escasa. Señala también este autor que en estos casos en que disminuye la información, el médico debe compensarla con una amplia y completa información de los familiares, que son los llamados a completar la autodeterminación del paciente o, en su caso, a suplirla.

(95) El artículo 42 del Código francés señala textualmente:

«Por razones legítimas, que el médico valorará en conciencia, un diagnóstico o un pronóstico grave puede no ser revelado al enfermo.

Un pronóstico de muerte no debe ser revelado si no es con la mayor cautela; en general la familia debe ser advertida, salvo que el enfermo lo haya prohibido o haya indicado los terceros a los cuales el pronóstico debe ser comunicado.»

En el mismo sentido, el artículo 30 del Código Deontológico italiano de 1978

La información debida al enfermo tiene —en general y también en el ámbito hospitalario— distintos aspectos. En primer lugar, puede coincidir con la misma prestación médica cuando se trata de una prestación diagnóstica. Puede configurarse también como una parte del tratamiento, cuando se informa al enfermo del tipo de vida que debe llevar o de la conducta a observar en determinadas situaciones, etc. (*información terapéutica*), y, finalmente, es un presupuesto del consentimiento en los casos en los que éste es necesario (96).

Refiriendo ahora ya el tema al ámbito hospitalario, que es el que interesa aquí, debe decirse que se observa la tendencia a configurar —al igual que en lo relativo al consentimiento del paciente— un verdadero derecho del enfermo a la información sobre su estado de salud, el cual viene reconocido con absoluta generalidad en los diversos textos de Derecho comparado a que nos hemos referido. Frente al riesgo —presente, sin duda, en los hospitales— de aislamiento del enfermo y de falta de comunicación con el personal sanitario, la normativa hospitalaria introduce la mención de este tema como un elemento más de «personalización» del paciente, de respeto a los actos y tratamientos sanitarios (97).  
médica.

Este derecho a la información del enfermo hospitalizado viene configurado en los diversos textos sobre la materia con un alcance global —referido a todo lo que concierne al estado de salud del enfermo— y no sólo conectado con la prestación del consentimiento a los actos y tratamiento sanitarios (97).

véase G. A. NORELLI-G. DELL'OSSO: *Codice deontologico e deontologia medica*, Milán, Giuffrè, 1980, pp. 105 y ss.) establece que:

«Un pronóstico grave o fatal puede ser ocultado al enfermo, pero no a la familia.»

(96) A estos aspectos de la información se refiere C. ROMEO CASABONA: *El médico y el Derecho Penal*, cit., pp. 327 y ss.

(97) Véanse puntos 2, 3 y 4 de la Declaración de la *American Hospital Association*; artículos 40 y 41 del Decreto francés de 14 de enero de 1974; puntos 4 y 5 del documento aprobado por el Comité Hospitalario de la CEE, y punto 28 de la «Carta» aprobada por el Tribunal para los derechos del enfermo en Roma en 1980.

La notable similitud existente en las formulaciones del derecho a la información se puede observar fácilmente.

El punto 2 del texto primeramente citado dispone:

«El paciente tiene derecho a obtener de su médico información completa y actual relativa a su diagnóstico, tratamiento y pronóstico en unos términos tales que pueda esperarse razonablemente que el mismo entienda. Cuando no sea médicamente aconsejable dar tal información al paciente, la información debe ser propor-

También el Decreto 2082 introdujo entre nosotros una norma relacionada con esta cuestión. Concretamente, la letra *h* del punto 13 consideraba derecho del paciente:

«El conocimiento del nombre del facultativo o facultativos encargados de su asistencia y la información completa en términos usuales y comprensibles, sobre la situación del estado clínico del asistido, bien sea verbal o por escrito, a petición del interesado o de persona legitimada para obtenerla.»

Precisaba a continuación dicha norma las personas que eran consideradas legitimadas para solicitar la información.

Creo que son dos los aspectos en que esta formulación podría perfeccionarse:

En primer lugar, resultaba estrecha en cuanto que entregaba al paciente la iniciativa de solicitar la información, de acuerdo con una concepción, presente también en el actual Código de Deontología (arts. 18 y 22), según la cual el médico debe informar tan sólo cuando le sea solicitado. Parece deseable, en cambio, que el enfer-

---

cionada a una persona adecuada en su nombre. Tiene derecho a conocer por su nombre al médico responsable de coordinar su cuidado.»

Los puntos 3 y 4 se refieren a la información como presupuesto del consentimiento.

Por su parte, el Decreto francés de 14 de enero de 1974 dispone:

Art. 40. «Los internados deben ser informados, con los medios más adecuados, del nombre de los médicos y de las demás personas responsables de su cuidado.»

Art. 41. «El médico jefe de servicio o los médicos del servicio deben proporcionar a los enfermos, dentro del respeto a lo establecido en el Código Deontológico y de forma accesible para ellos, las informaciones sobre su estado de salud. Los tratamientos y las curas prescritas a los enfermos deben ser precedidas siempre por informaciones proporcionadas por los médicos.»

En el mismo sentido, el documento de la CEE dispone:

4) «El enfermo tiene derecho a ser informado de cuanto concierne a su estado. Es el interés del enfermo el que determina la información que se le debe dar. Esta debe permitir al enfermo obtener una visión completa de todos los aspectos, sean o no médicos, de su estado, y tomar él mismo las decisiones o participar en las decisiones que puedan tener consecuencias para su bienestar.»

El punto 5 se refiere a la información como presupuesto del consentimiento, el cual debe tener lugar en «toda prestación no rutinaria de objeto diagnóstico o terapéutico».

mo sea informado de las pruebas instrumentales que se le hacen, de la evolución de su enfermedad, del tratamiento que se le aplica, etcétera. Por ello, me parecería más acertada una formulación más amplia, que reconociera la posibilidad del enfermo de conocer el nombre del facultativo que le atiende, y un genérico derecho a recibir de éste una información completa y en términos comprensibles sobre los diversos aspectos de su estado de salud. Una mención específica debería hacerse de la información como requisito en aquellos casos en los que se exige el consentimiento escrito.

Por otro lado, y desde otro punto de vista, la obligación era demasiado absoluta, porque hay supuestos en que la información puede perjudicar al propio paciente. Por ello, los diversos textos a los que nos hemos referido admiten una cierta flexibilidad al dejar al médico un margen de libertad (98). Nuestro Código de Deontología médica permite —como se ha indicado más atrás— no informar al paciente en determinados casos y, en su lugar, comunicar la información a los familiares. En este aspecto, por tanto, sería deseable una cierta flexibilidad que podría lograrse, por ejemplo, a través de una remisión a las reglas deontológicas. A través de esa remisión, tales reglas alcanzarían un valor normativo en este punto. O bien sería posible definir los supuestos en que no rige el deber de información, ya sea sobre una base subjetiva (casos en los que puede perjudicarse la salud del enfermo) o bien objetiva (pronóstico muy grave o fatal), o incluso en ambos grupos de supuestos. En estos casos, el médico quedaría autorizado a valorar la información a proporcionar al paciente, informando en todo caso a los familiares más próximos o representantes legales.

## VII. EL SECRETO MÉDICO EN EL HOSPITAL

El deber de secreto profesional es un tema clásico dentro del Derecho de las profesiones tituladas y de la ética profesional, y, en particular, el secreto médico lo es dentro del Derecho médico y de la Deontología médica.

El sentido del secreto profesional no es otro que el de la protección de la intimidad o vida privada de las personas a la que tienen acceso determinados profesionales en virtud, precisamente, del

---

(98) Véase nota anterior.

ejercicio de su profesión. Además de esta intimidad, se protege también el ejercicio de la misma profesión, que necesita para su correcto desenvolvimiento de un clima de confianza (en los términos utilizados por el profesor PORTES, no existe confianza sin confidencia y no existe confidencia sin secreto) (99).

En numerosos ordenamientos jurídicos, la violación del secreto médico está sancionada en el Código penal (100). Allí, el deber de secreto del médico, además de constituir una de las obligaciones contractuales de su relación con el cliente (101) —en los casos en que esta relación tiene carácter contractual—, tiene un claro apoyo normativo en el correspondiente precepto del Código penal (102).

A este deber del médico se le da un contenido muy amplio. Se refiere no sólo al diagnóstico de la enfermedad del paciente, sino también a las revelaciones hechas verbalmente por éste, así como a las constataciones íntimas realizadas por el médico en su intervención (103). Cubre todos aquellos aspectos que afectan a la esfera íntima del sujeto y que éste tenga interés en reservarse para sí (104).

Pero, junto a ello, se admiten numerosas excepciones a la obligación de guardar secreto. Así, los casos en los que el médico está obligado a poner en conocimiento de la autoridad competente determinados hechos (enfermedades de declaración obligatoria, declaración de nacimientos o muertes, etc.), determinados supuestos en los que el médico declara ante los tribunales, etc. (105).

(99) Citado por J. M. de FORGES: *L'hospitalisé*, cit., p. 218. Véase también, sobre el fundamento del secreto médico, M. KOHLHAAS: *Medizin und Recht*, Munich-Berlin-Viena, 1969, pp. 3-4.

(100) Véanse artículo 387 del Código Penal francés, artículo 622 del Código Penal italiano, artículo 203 del alemán, 121 del austríaco, etc. Estos textos pueden verse en el libro de S. MALANNINO-L. BEVILACQUA: *Il segreto professionale nell'esercizio delle arti sanitarie*, Cedam, Padua, 1983, en particular pp. 13-14.

(101) Véanse, en este sentido, R. SAVATIER y otros: *Traité...*, pp. 274 y ss.; AUBY: *Droit de la santé*, pp. 327 y ss.

(102) Sobre los distintos ámbitos en los que opera la obligación de secreto médico en Derecho alemán, véase K. MÜLLER: «Schweigeflicht und Schweigerecht des Arztes», en el vol. col. *Die juristische Problematik in der Medizin* (tomo II: *Ärztliche Aufklärungs- und Schweigeflicht*), Munich, 1971, pp. 63 y ss., 69 y ss.

(103) Véase R. SAVATIER y otros: *Traité...*, p. 281.

(104) Véase C. PUCCINI: *Istituzioni di Medicina Legale*, Milán, 1979, p. 546, quien señala que el secreto se refiere a cualquier hecho de naturaleza moral o material que el enfermo tiene interés en mantener oculto. Como este ámbito de hechos que tienen carácter secreto depende de una apreciación subjetiva —añade—, el médico deberá emplearse con cautela cuando hable con extraños de sus enfermos o de su familia. Sobre la extensión del secreto médico, véanse también las consideraciones de M. KOHLHASS: *ob. cit.*, pp. 10 y ss.

(105) Sobre ello, véanse R. SAVATIER y otros: *Traité...*, pp. 283 y ss.; AUBY: *Droit de la santé*, pp. 328-331; C. PUCCINI: *Istituzioni*, pp. 548 y ss.

Entre nosotros, la determinación del contenido del deber de secreto médico, e incluso la propia afirmación de su existencia, han venido enfrentándose a numerosas dificultades.

No sólo no existe una sanción penal de la violación del secreto médico, sino que los supuestos en los que el médico está autorizado a declarar sobre hechos conocidos con ocasión de su actividad profesional, o incluso aquellos en los que está obligado a ello en virtud de precepto legal, son tan numerosos que escasamente ha podido hablarse —con rigor— de la existencia de una protección jurídica del secreto médico (106).

Así, señaladamente, el artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal obliga al médico a denunciar los delitos públicos de los que tenga conocimiento en el ejercicio de su profesión (107). A diferencia de lo que sucede con los abogados, procuradores y sacerdotes (108), no se reconoce aquí el secreto profesional de los médicos.

---

(106) El estudio de estos supuestos en los que el médico está autorizado e incluso obligado a declarar puede verse en S. MUÑOZ MACHADO: *El secreto médico*, número 79 de esta REVISTA (1976), pp. 163 y ss.

(107) El tenor literal de dicho artículo es el siguiente:

«Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratase de un delito flagrante.»

En relación con los médicos, dice concretamente:

«Si la omisión en dar parte fuere de un profesor en Medicina, Cirugía o Farmacia y tuviere relación con el ejercicio de sus actividades profesionales, la multa no podrá ser inferior a 125 pesetas, ni superior a 250.»

No se trata de una sanción penal y, además, la cuantía de la multa ha quedado insignificante, pero ello no es obstáculo para que exista el deber jurídico de denunciar.

(108) El artículo 263 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal excepciona expresamente de la obligación impuesta en el artículo anterior a los abogados y procuradores «respecto de las instrucciones o explicaciones que recibieren de sus clientes» y a los eclesiásticos «respecto de las noticias que se les hubieren revelado en el ejercicio de las funciones de su ministerio».

Hoy habría que tener en cuenta también lo dispuesto en el artículo 20.1, *d*), de la Constitución relativo a la libertad de comunicar y recibir información: «La ley regulará el *derecho* a la cláusula de conciencia y al *secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*.» Obsérvese que el secreto profesional es un derecho de los profesionales (en el sentido de que no se les puede obligar a declarar sobre datos cubiertos por el secreto profesional), pero antes y sobre todo es un deber de los mismos en el ejercicio de su profesión: el derecho a no declarar es precisamente una consecuencia y un presupuesto de tal deber. Sin embargo, la Constitución, en este artículo, contempla el secreto profesional como un derecho de los profesionales de la información (se habla del «derecho... al secreto profesional» y no se dice, en

En esta situación, el respeto del secreto profesional quedaba reducido a la observancia de un deber deontológico, y con la única posible sanción jurídica —claramente insuficiente, desde luego— de la responsabilidad civil *ex* artículo 1.902 del Código civil.

Con este contexto normativo se comprenderá que en el ámbito hospitalario —un marco, obviamente, menos propicio al mantenimiento de secretos que el tradicional ejercicio de la medicina como profesional liberal— resultara difícil hablar de la existencia del secreto médico como deber jurídico efectivamente vigente.

Sin embargo, algunos datos permiten pensar que esta situación tiende a cambiar.

En primer lugar, hay que mencionar la protección de la intimidad de la persona que resulta —de modo general— del artículo 18.1 de la Constitución y 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. En particular, el artículo 7.4 de esta Ley considera *intromisión ilegítima* en los derechos protegidos por la misma:

«La revelación de datos privados de una persona o familia *conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*»

Por otro lado, las propias normas de deontología profesional han experimentado un cambio notable en este punto. Frente al carácter escueto del punto 23 de las Normas Deontológicas de 1945, el Código de Deontología de 1979 da al tema un tratamiento amplio y exigente (109). No tienen estas reglas un valor normativo, como sabemos, pero resultan indicativas de la sensibilización que existe por

---

cambio, «la ley regulará... *el secreto profesional*»). Con ello parece que se está aludiendo al derecho del periodista de no revelar las fuentes de su información. Téngase en cuenta también lo establecido en el artículo 24.2 de la Constitución:

«La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.»

Véase una referencia a este punto en F. LÓPEZ RAMÓN: *La evolución del régimen jurídico de la libertad de prensa tras la Constitución de 1978*, «Revista Española de Derecho Administrativo», núm. 34 (1982), pp. 383 y ss. (394).

(109) Véase el capítulo VI —«Del secreto profesional del médico»—, constituido por los artículos 43 a 53. En particular, el artículo 43 establece que «el secreto cubre todo lo que llega a conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, no sólo lo que se le confie, sino también lo que haya podido ver, oír o comprender». Véanse también en relación con el secreto de las historias clínicas los artículos 35 a 37.

el tema y de la atención que se le dedica dentro de la profesión médica.

Junto a ello —refiriendo ya el tema al ámbito hospitalario que nos ocupa ahora— se ha ido afirmando también en este punto la tendencia al reconocimiento del secreto profesional en los hospitales por la propia normativa específica de los mismos. Se trata de un ambiente en el que sus propias características hacen necesario que diversas personas tengan acceso a datos cubiertos por el secreto médico, quedando todas ellas vinculadas por el mismo. En la terminología clásica francesa, el secreto es *partagé* (compartido) (110).

Concretamente, en relación con los hospitales de la Seguridad Social, el Reglamento de Instituciones Sanitarias (Orden del Ministerio de Trabajo de 7 de julio de 1972) introdujo ya la mención a este aspecto al garantizar el derecho del enfermo «a que se mantenga el secreto profesional en cuanto a su enfermedad de acuerdo con las normas deontológicas» (art. 148.3).

También el Decreto 2082/1978 contenía una disposición sobre el tema, al establecer (letra g):

«La confidencialidad de los actos médicos y sanitarios y, cuando así se solicite, el secreto de la estancia en el Hospital.»

No parece que pudiera incluirse aquí la protección del carácter reservado de los datos o hechos personales conocidos a través de la actividad profesional realizada en los hospitales. Para ello es preciso acudir a preceptos generales, concretamente hoy la Ley Orgánica 1/1982, que regula la protección civil del derecho a la intimidad.

En relación con esta disposición del Decreto 2082, creo que un texto que la sustituya (recordemos que tal Decreto ha sido declarado nulo por el Tribunal Supremo por haberse omitido el Dictamen previo del Consejo de Estado) podría ser algo más explícito (111), estableciendo la confidencialidad de los actos sanitarios,

---

(110) Sobre ello, R. SAVATIER y otros: *Traité...*, pp. 279 y ss.; J. M. de FORGES: *L'hospitalisé*, pp. 223 y ss.; AUBY: *Droit de la santé*, pp. 406-407.

(111) Más explícitas suelen ser las menciones contenidas en los diversos textos de Derecho comparado sobre derechos del enfermo hospitalizado.

En este sentido, los puntos 5 y 6 de la declaración aprobada por la *American Hospital Association* establecen:

de las informaciones relativas al estado del paciente, así como de los documentos que se refieren a él (incluyendo aquí las pruebas instrumentales y, en general, la historia clínica). En cuanto al hecho mismo de la hospitalización, parece acertado disponer que sólo tenga carácter secreto cuando así se solicite.

Al margen del tenor concreto de la norma, deben hacerse algunas observaciones generales sobre el secreto médico en el hospital. No parece necesario que la normativa se refiera a estas precisiones expresamente, dado el carácter obvio de las mismas:

- Como se ha indicado, el secreto médico en el hospital es compartido. En la medida en que sea necesario, hay datos de carácter confidencial que deben ser conocidos por otros médicos distintos del que atiende al enfermo, por las enfermeras, etc. Pero, en contrapartida, tienen deber de discreción las diversas categorías del personal (los médicos, enfermeras, personal paramédico, etc.) e incluso los estudiantes.
- Conforme a las reglas generales del derecho a la intimidad personal (arts. 2 y 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo), la obligación de discreción cesa cuando existe consentimiento del sujeto afectado.
- El secreto médico no rige en relación con las personas que tienen derecho de información sobre el estado de salud del enfermo en virtud de la normativa hospitalaria, y sólo en lo relativo a la materia a que se refiere el contenido de ese

---

5. «El paciente tiene derecho a toda la consideración de su intimidad (*privacy*) en lo relativo a su propio programa de atención médica. La discusión, la consulta, el examen y el tratamiento de su caso son confidenciales y deben ser llevados con discreción. Quienes no estén responsabilizados en su cuidado necesitan su permiso para estar presentes.»

6. «El paciente tiene derecho a esperar que todas las comunicaciones y documentos (*records*) relacionados con su cuidado sean tratados como confidenciales.»

Por su parte, el artículo 44 del Decreto francés de 14 de enero de 1974 establece:

«Con la excepción de los menores sujetos a patria potestad, los internos pueden pedir que ninguna indicación sea dada por teléfono o de otra forma, sobre su presencia en el hospital o sobre su estado de salud.»

Por último, el punto 6 del documento aprobado por el Comité Hospitalario de la CEE señala:

«Debe ser garantizado el carácter confidencial de la información y del contenido, especialmente clínico, de los documentos que le conciernen.»

derecho. Se exceptúan los casos en los que conste la oposición del paciente (la normativa hospitalaria suele excluir también en estos casos el derecho a la información; véase párrafo 2.º de la letra *h* del Decreto 2082).

- En cualquier caso, el secreto médico tiene como límite los supuestos en los que una disposición legal obliga o autoriza al médico a declarar sobre hechos conocidos en el ejercicio de su actividad profesional.

La inobservancia de la normativa hospitalaria en este aspecto podrá dar lugar —como en los demás supuestos— a las correspondientes sanciones disciplinarias. Pero la definición de las conductas lícitas en el hospital puede tener también una relevancia indirecta en la propia esfera de protección de la Ley Orgánica 1/1982, ya que el artículo 2.1 de dicha Ley señala que «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales...» (112).

#### VIII. OTROS DERECHOS. LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD. CONSIDERACIÓN FINAL

Otras cuestiones de menos interés teórico —pero a veces de no menor importancia práctica— pueden ser contempladas por la normativa hospitalaria. Así, entre las mencionadas en el Decreto 2082, la posibilidad de consultar facultativos ajenos al hospital, la cuestión de las visitas a los enfermos, las prestaciones accesorias o paramédicas y la posibilidad de hacer constar peticiones y sugerencias (113). No se refería, en cambio, dicho Decreto a la posibilidad

---

(12) Creo que no hay inconveniente en entender la expresión «leyes» en sentido amplio de modo que puedan incluirse también las normas reglamentarias. Para el segundo aspecto —«los usos sociales»— tendrán relevancia también las normas deontológicas, como un elemento indicativo de los usos sobre la materia.

(113) En cuanto al primer aspecto, la letra «i» del Decreto 2082 afirmaba «el derecho a consultar con facultativos ajenos al hospital en las condiciones que establezca el Reglamento de Régimen Interior». En cambio, el Reglamento de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social (Orden de 7 de julio de 1972) establece en esta materia un criterio más restrictivo, al afirmar (art. 152) que «ningún enfermo tendrá derecho a ser asistido en la institución por un facultativo ajeno a la misma, si bien, excepcionalmente, previa la conformidad del jefe de Servicio, la Dirección podrá autorizar la colaboración de un facultativo no perteneciente a su plantilla».

En relación con las visitas debe buscarse un equilibrio entre dos extremos: por un lado, un sistema carente de controles no sería conveniente para el buen orden del hospital, pero en el otro extremo, un régimen demasiado restrictivo y rígido

del paciente de obtener copia de los resultados de las pruebas instrumentales y de los demás datos de la historia clínica o de tener acceso a los mismos.

Por último, aludían también estas «Normas provisionales» a la posibilidad de los usuarios de ejercitar las correspondientes acciones ante los Tribunales. En concreto, señalaba el punto 13.2 que:

«Las garantías de los usuarios a que se refieren las normas anteriores se entenderán sin perjuicio del ejercicio de las competencias atribuidas a los órganos de la Administración de Justicia.»

Efectivamente, es posible que alguno de los hechos realizados en el hospital dé lugar a un juicio penal, cuya iniciación puede ser instada por el particular mediante la presentación de una *denuncia* o de *querrela*. También es posible ejercitar una acción civil de responsabilidad, de la que podrá derivarse una indemnización por daños. En este segundo caso, si se trata de una clínica privada, será competente la jurisdicción ordinaria, que aplicará las reglas de responsabilidad del Código civil. En cambio, si el hospital pertenece a un ente público entenderá —en principio— la jurisdicción contencioso-administrativa, con aplicación de la regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 40 y siguientes LRJAE).

Es bien sabido —sin embargo— que estas posibilidades han venido siendo muy escasamente utilizadas y que los supuestos de responsabilidad decididos por los Tribunales en materia sanitaria han sido muy poco numerosos. Y todavía más escasos son los supuestos resueltos de modo favorable para el paciente. En particular, las posibilidades que encierra en esta materia la cláusula de responsabilidad patrimonial de la Administración del artículo 40 LRJAE —que, como es sabido, configura un sistema de responsabilidad directa de la Administración y con carácter objetivo de los daños causados a los particulares en sus bienes o derechos— están aún por descubrir (114).

---

podría suponer en la práctica el aislamiento para el enfermo (véase en relación con ello la letra «f» del Decreto 2082).

Sobre los restantes aspectos, véanse letras «e» y «m» del mismo Decreto.

(114) El artículo 40 LRJAE vino a recoger —en lo fundamental— la fórmula ya consagrada en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa. El contenido básico de esta fórmula ha quedado constitucionalizado en el artículo 106.2 de la Constitución.

En este punto, no me parece aventurado prever un aumento de los casos que son puestos en conocimiento de los Tribunales y, también con ello, de los que son resueltos de modo favorable para el usuario de los hospitales o sus familiares. Las propias condiciones sociológicas en las que se desarrolla hoy el ejercicio de la Medicina parece que apuntan en esta dirección (115). Y ello por paradójica que pueda resultar esta afirmación si se pone en relación con el hecho de que el nivel técnico de la atención sanitaria en los hospitales ha mejorado y tiende a mejorar (116).

Por lo que a mí me consta, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sólo en tres ocasiones en supuestos de responsabilidad patrimonial en centros hospitalarios pertenecientes a un ente público. En el primero de ellos (sentencia de la Sala de lo Civil de 7 de febrero de 1973, Arz. 407) se siguió la vía civil porque se trataba de un «enfermo de carácter privado» atendido en el Hospital General de Asturias, perteneciente a la Diputación Provincial de Oviedo. El segundo (S. de la Sala 4.ª de 12 de marzo de 1975, Arz. 1798) no era un caso de daños causados a un enfermo, sino de daños causados por un enfermo a terceros: un internado en un hospital de la Diputación Provincial de Granada que se arrojó por la ventana causando la muerte a un transeúnte. Por último, el tercer supuesto (S. de la Sala 4.ª de 4 de julio de 1979, Arz. 3047) es un caso de daños causado al paciente y con aplicación del régimen de responsabilidad administrativo, pero no se trata propiamente de una intervención sanitaria, sino de unas lesiones causadas a un internado en el Hospital Psiquiátrico de la Diputación Provincial de Oviedo, al ser reducido por el personal enfermero. El Tribunal Supremo aplicó aquí las reglas de la responsabilidad de la Administración, a pesar de tratarse de un «enfermo de pago», puesto que

«el carácter gratuito o retribuido de las prestaciones no es por sí mismo determinante de la naturaleza privada o pública de la relación que une al usuario con un servicio público, puesto que resulta frecuente el caso de aquellos en que, por consistir en prestaciones individuales, tienen lugar mediante el pago de una tasa; y ésta es precisamente el del Hospital Psiquiátrico de Oviedo».

Las dos primeras sentencias citadas fueron estudiadas por J. M. CASTELLS ARTECHE (*La responsabilidad patrimonial de la Administración en materia hospitalaria*, número 79 de esta REVISTA (1976), pp. 217 y ss.). Véase también una referencia al tema en el libro de L. MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977, pp. 70-71.

Las tendencias objetivadoras en cuanto a la responsabilidad de los centros hospitalarios se han manifestado en otros países en los que no existe una fórmula legal como la nuestra. Así en Italia (véase G. CATTANEO: *La responsabilità medica nel diritto italiano*, en AA. VV.: *La responsabilità medica*, cit., pp. 9 y ss., y 14 y ss.) o en Inglaterra (véase J. G. FLEMING: *Developments in the English Law of medical liability*, cit., pp. 99 y ss.). Sobre la cuestión en Francia véase J. M. AUBY: *La responsabilité médicale en France (aspects de droit public)*, cit., especialmente pp. 513 y ss., y del mismo autor, *Droit de la santé*, pp. 409 y ss.

(115) Por un lado, en muchos casos se ha debilitado o ha desaparecido el carácter personal que tradicionalmente ha tenido la relación del paciente con el médico y que propiciaba una inmunidad de hecho de este último. Por otro lado, parece que el personal sanitario de los hospitales es una de las profesiones en las que tiende a exigirse socialmente un grado mayor de diligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

(116) No puede decirse que exista una relación (inversa) entre la calidad de la atención sanitaria y la difusión de la utilización de las acciones de responsabilidad

En todo caso, parece claro que, aunque puede aumentarse el ámbito de responsabilidad patrimonial de los centros sanitarios —en el sentido de reconocer una responsabilidad objetiva—, la responsabilidad personal del médico y de las demás profesiones sanitarias sólo puede seguir apoyándose en la culpa.

Me parece —sin embargo— que estas perspectivas no deben hacer olvidar cuál es el sentido institucional de la responsabilidad y cuáles son las limitaciones de un mayor rigor en la apreciación de la responsabilidad en materia sanitaria. El objeto de esta institución no es otro que el de *sancionar* aquellas conductas que son contrarias a las leyes, así como *reparar* los perjuicios producidos de modo antijurídico sobre la persona del paciente, en la medida en que ello sea posible —pensemos que en esta materia el daño es frecuentemente irreparable—. Se trata de un remedio *a posteriori* de aquellos *casos excepcionales* que la conciencia social no permite dejar sin reparación y sanción. Con ello se contribuye también a *prevenir* que tales conductas o tales daños se produzcan en el futuro. Pero, en todo caso, no parece que un mayor rigor en la apreciación de la responsabilidad vaya a determinar por sí mismo una mejora en el nivel de atención médica en los hospitales —la experiencia americana, a la que me he referido más atrás (apartado II, 2), resulta muy significativa en este sentido—, ni tampoco que la institución de la responsabilidad sea suficiente por sí sola en nuestro contexto para delimitar con precisión y seguridad los derechos y deberes en el hospital, el ámbito de conductas lícitas e ilícitas (117).

Ello me da pie para afirmar la necesidad de una normativa que contemple los aspectos a los que me he referido (derechos fundamentales del enfermo y derechos relacionados con su situación de enfermedad) en la línea del Decreto 2082, de modo que

---

y el aumento del porcentaje de casos que son resueltos por los Tribunales de modo favorable para los pacientes o sus familiares. La prueba de ello es que esto último tiene lugar —sobre todo— en países como los Estados Unidos, que se caracterizan precisamente por una medicina muy desarrollada técnicamente.

(117) Debe tenerse en cuenta a este respecto que la responsabilidad en el ámbito sanitario es una materia típicamente de casuística jurisprudencial, como lo son —sobre todo— aquellas actividades en las que no existe una especial regulación de la responsabilidad, pero que la escasez de supuestos resueltos por los Tribunales ha impedido formar un cuadro de referencia seguro en nuestro país. Hay que notar, por otro lado, que son diversos los órdenes jurisdiccionales que pueden conocer de la responsabilidad derivada en materia sanitaria: así, la jurisdicción penal, la civil y la de lo contencioso-administrativo, pero sin que pueda excluirse la posibilidad de que haya pronunciamientos de la jurisdicción laboral en el ámbito de la actividad prestacional de la Seguridad Social.

exista una referencia normativa segura en los hospitales que complete las perspectivas de la responsabilidad civil y penal (obviamente, sin interferirse con ellas y sin sustituirlas). No se trata de un mero afán reglamentista —muy extendido en otras materias y criticado fundadamente como estéril porque lleva a una inútil proliferación de disposiciones—, sino que existen, según creemos, razones objetivas que apoyan su necesidad. Además de la apuntada insuficiencia de las perspectivas civil y penal, existe —como hemos visto— una problemática específica de la protección de la personalidad de los enfermos en los hospitales, a la que es preciso dar una respuesta normativa.

Sin duda, no es el problema más importante que existe en los hospitales, donde el objetivo primero es lograr una asistencia sanitaria del mejor nivel técnico. Pero es importante también que esta atención médica técnicamente buena se realice dentro del respeto a los derechos del enfermo. Y para ello es necesario, además de una acción continuada en este sentido (por los poderes institucionales y por los propios ciudadanos), un texto claro que defina tales derechos.

El Decreto 2082/1978 significó un primer paso en esta dirección. Aunque tenía numerosas imperfecciones, era una norma que en su conjunto debía valorarse positivamente en lo que se refiere a la materia estudiada. La sentencia del Tribunal Supremo, que declaró su nulidad por razones formales, ha vuelto a abrir un vacío en esta materia, planteándose ahora la necesidad de una nueva norma que sustituya al mencionado Decreto y que, evitando el carácter de provisionalidad con que ésta se presentaba, perfeccione algunos aspectos de la regulación.