

redacción médica



OPINIÓN

El acto médico y su trascendencia jurídica



RICARDO DE LORENZO, PRESIDENTE DEL BUFETE DE LORENZO ABOGADOS

MIÉ 03 ABRIL DE 2019. 10.50H

POR LEY

La indagación de la naturaleza y el alcance del **acto médico** dentro de la esfera más amplia del acto sanitario, me ha preocupado siempre como 'enfermable' y como **profesional del Derecho**. Tiene interés, no sólo conceptual, especulativo, sino también práctico y utilitario.

La aproximación a este concepto debe efectuarse tanto desde el **punto de vista del paciente**, como desde el de mi **profesión jurídica**.

Desde el punto de vista del Derecho, hay que comenzar distinguiendo los hechos de los actos, para después subsumir la categoría del acto médico dentro de la teoría general de los **actos jurídicos**.

Llamamos hecho a todo suceso o fenómeno acaecido en la realidad. Más concretamente, un hecho jurídico es aquel suceso o fenómeno al que el **ordenamiento jurídico** atribuye la virtud de producir, por sí o en unión de otros hechos, un efecto jurídico. El nacimiento, el paso del tiempo, **la enfermedad** y la muerte, que son hechos biológicos, constituyen también hechos jurídicos porque la Ley les atribuye una importante trascendencia: la adquisición de la personalidad, la plena capacidad de ejercicio de los derechos, o la extinción de todas las relaciones jurídicas.

Desde muy diversos puntos de vista, pueden clasificarse los hechos jurídicos. Aquí nos interesa deslindar los naturales de los voluntarios.

Son naturales, aquellos hechos jurídicos que proceden únicamente de las

fuerzas de la naturaleza; son voluntarios aquellos que, para producirse, precisan un **acto humano voluntario**.

A éstos últimos hechos, que dependen para su existencia de la voluntad del hombre, denominamos actos. Cuando este acto ocasiona o puede ocasionar, de acuerdo con el ordenamiento, un **efecto jurídico**, entonces puede hablarse de acto jurídico.

Son por tanto características del acto jurídico:

- El que constituya una actuación humana.
- Que proceda de la voluntad consciente y exteriorizada del hombre y que produzca efectos jurídicos

Clasificación según el punto de vista

Desde luego, que también los actos jurídicos pueden clasificarse desde múltiples puntos de vista.

Pero para nuestro objeto, la clasificación de mayor utilidad es el que los diversifica en lícitos e ilícitos, según sean o no **conformes a Derecho**.

Los actos ilícitos pueden, a su vez, subdividirse en delitos o faltas, que son aquellos tipificados en la **Ley Penal**, y simples ilícitos civiles.

Entre los actos lícitos, pueden distinguirse a su vez, los actos puros de Derecho, esto es, aquellos actos cuyo efecto jurídico deriva inmediatamente de la Ley, es decir, que el agente no puede obtener un resultado distinto del legalmente establecido; y **declaraciones de voluntad**, que son aquellos actos en los que la voluntad, además de ser necesaria para el nacimiento del acto, puede configurar el efecto jurídico. Entre las declaraciones de voluntad, se cuentan los **negocios jurídicos** que son aquellos actos, integrados por una o varias declaraciones de voluntad privada a las que el derecho reconoce como base para el nacimiento, desarrollo, modificación o extinción de una relación jurídica. En el ámbito sanitario, el negocio jurídico por excelencia es el **contrato sanitario**.

Llegados a este punto, nos es posible intentar una primera aproximación al acto médico. Podría pensarse, como dijo el prestigioso jurista y ex Magistrado del Tribunal Supremo, **Luis Martínez-Calcerrada**, que toda

actuación de un **profesional médico** en el ejercicio de la actividad que le es típica, podría calificarse como acto médico.

Pero esta idea resulta, y así lo destaca el autor citado, insuficiente para caracterizar con precisión el acto médico.

En este sentido, **mi Padre el Profesor Antonio De Lorenzo**, concretó en su día el concepto de acto médico desde un doble punto de vista: en primer lugar, dijo, no basta que sea un acto subjetivamente médico, sino también objetivamente médico, es decir, sobre el hombre y para el hombre y con ánimo de **prevenir, curar, aliviar o rehabilitar** al hombre ante el acoso y riesgo de la enfermedad. Ahora bien, la actividad médica, en cuanto conjunto o sucesión de actos médicos, no opera sólo en el campo biológico humano, sino que se desarrolla dentro de unas coordenadas jurídicas y con unos efectos jurídicos.

La prestación médica constituye, por su naturaleza clínica, una técnica científica, y por su objeto, una conducta humana de conciencia social dirigida a la salud.

Y como quiera que la salud configura un **derecho fundamental** del hombre y un legítimo interés de la colectividad, en todo acto médico ligado a la prevención, curación o rehabilitación del hombre, o sea, a la tutela de su salud, es preciso distinguir una vertiente clínica científica y otra jurídica social que perfilan al acto médico a la vez como **acto biológico** y como acto médico-jurídico.

En su aspecto biológico, el acto médico ha sido certeramente analizado por el **Profesor Laín Entralgo**. Para Laín, el acto médico comprende sólo la relación directa e inmediata entre un **Médico y un paciente**, a fin de que éste reciba la ayuda técnica necesaria por parte de aquél para el alivio y a ser posible la curación y rehabilitación de la enfermedad, precisando que el acto médico es siempre complejo, **diagnóstico-terapéutico**, constituyendo el diagnóstico una actividad cognoscitiva, mientras que la terapéutica que se produce por la aplicación de técnicas farmacotópicas, quirúrgicas, dietéticas y psico y fisioterapeutas y partiendo de que el saber y el conocer del acto médico están integrados en un querer la cura del enfermo, define el acto médico como un saber técnico, ciencia aplicada, o mejor, aplicación de una ciencia, que incluye una prudencia o hábito racional operativo respecto de lo bueno y lo malo para el enfermo y la comunidad.

Pero, concluye Laín, el acto médico no es tan solo una ciencia aplicada, porque sólo es perfecto cuando es experimental. Cuando es un poner a prueba a la realidad. Entonces, la ciencia médica se convierte en **ciencia humana** ulterior, abierta, conjetural, y osada. Además, en el acto médico han de intervenir el amor al hombre y la voluntad de ayudarlo y una ciencia médica aplicada a través de un proceso de modulación, al que constitutivamente pertenecen la política, la ética, la filosofía y el arte.

¿Y el Derecho?

El propio Laín, que ya concibe el acto médico como relación reconoce que, en la sociedad actual, se dirige a un hombre que es visto de tres modos, a veces conexos: como un organismo vivo susceptible de estudio con los métodos de las **ciencias naturales**; como miembro de un grupo social; o como persona, en visión total o solo psíquica. A lo que Antonio De Lorenzo, añade: Que el primer aspecto sería el biológico, el segundo el social, y el tercero, el de la personalidad, el jurídico.

El acto médico tiene, por tanto, una dimensión de carácter jurídico, que es la primera conclusión que me interesa resaltar.

Partiendo de esa primera aproximación al acto médico como relación entre Médico y paciente, es lo cierto, que constituyendo el ejercicio médico una profesión, la profesionalidad del ejercicio médico inscribe la **relación clínica médico-enfermo** dentro del ámbito de las relaciones jurídicas en la que ambos ostentan derechos y obligaciones exigibles jurídicamente.

La relación jurídica entre el Médico y el enfermo es, en un primer momento, un asunto puramente privado; un contrato otorgado entre partes. Posteriormente, se añade la consideración del interés público, la salud se proclama como un derecho fundamental del hombre en sociedad, lo que provoca la aparición de técnicas de intervención del poder público. Y ello en un doble sentido: en cuanto los instrumentos o medios de la protección de la salud, necesarios para el acto médico, y la **organización económica estructural de su aseguramiento** y dispensación desborda la capacidad del Médico como individuo y como profesional, y la capacidad económica del enfermo o enfermable; y en cuanto es necesario proteger a la sociedad contra los daños y peligros derivados de la acción de quienes puedan pretender desarrollar una actividad médica sin la adecuada y reconocida competencia científica y moral.

En el primer aspecto, se ha producido el paso de la relación bilateral e inmediata médico-enfermo, a una relación trilateral o colectiva. El enfermo es “tercero” en el negocio jurídico, aunque siga siendo “segundo” en la relación clínica. El intermediario contrata con el médico sin intervención del paciente y con participación o sin participación económica de éste, aunque en representación y beneficio del mismo. Así, el Médico se encuentra en una doble condición: de deudor del servicio en relación con el intermediario y el enfermo y de **acreedor patrimonial** solo respecto del intermediario.

Naturalmente, se ofrece con todo ello una exigencia respecto a la consideración económica de la salud. La salud es un bien fungible consumible, de valor económico individual y social, que ha pasado de una consideración providencialista a su inclusión en las coordenadas de los derechos del hombre y, aún sin ser una mercancía, a inmersión en imponderables de mercado. Para el individuo el valor de la salud, aún económico, es inestimable; pero tiene un “costo” cierto – y aceleradamente creciente – para la sociedad, aunque no existan indicadores objetivos para determinar el coste funcional de la salud, y de ahí el axioma de que la salud socialmente no constituye un gasto, sino una inversión.

Llegados aquí hay que extraer dos nuevas conclusiones: que el fin de curar está hoy superado por el de asegurar y promocionar la salud como meta de la actividad médica; y, en segundo lugar, que es preciso combinar este condicionamiento objetivo, con otro subjetivo, que la promoción y el aseguramiento en la salud sean actividades reservadas por la **Ley a profesionales sanitarios**, y que este ejercicio profesional tenga precisamente por objeto la actividad de aseguramiento y promoción de la salud.

Ello explica que esta actividad haya sido objeto de disciplina jurídica a través del Derecho Sanitario, y que se insista, continuamente, en todas las etapas de nuestra evolución jurídica, hasta llegar a la actualidad en la que cobran especial relevancia los problemas derivados de nuestra pertenencia a la **Comunidad Europea**.

De ahí que sean dos los criterios fundamentales para poder llegar a una aproximación conceptual del acto médico: el de la legalidad y de la identidad. Por el primero, basta remitirse al ordenamiento jurídico vigente para certificar la autenticidad del acto médico; por el segundo, será preciso investigar la naturaleza y circunstancias de la actividad para concluir si se trata o no de un acto verdaderamente médico.

Desde el punto de vista de la legalidad, hay que insistir en la concurrencia de dos requisitos: uno, subjetivo, que sea practicado por un profesional sanitario; y otro objetivo, que sea ejercitado con arreglo al **ordenamiento jurídico científico** exigido para actuar sobre la persona humana en contra del derecho fundamental de la intangibilidad.

Para conceptualizar el delito de intrusismo, el Art. 403, del Código Penal con la reforma hecha por la Ley 1/2015, de 30 de marzo, dice, " El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación vigente. Es decir, que para conocer, desde el punto de vista penal, cuáles son los actos propios de la profesión, hay que acudir normalmente al resto del ordenamiento.

La referencia a la Ley como límite de la licitud de la actividad sanitaria, no puede significar, sino que, ante un acto que la contradiga, se desencadena el mecanismo represor establecido en la propia Ley, con total independencia de la sanción que ese acto pueda merecer desde otros puntos de vista ajenos a la regulación jurídica de la profesión. Es decir, que, independientemente de otros valores, la actuación profesional, puede por sí misma, en cuanto no se ajuste a la Ley, contravenir normas jurídicas y no jurídicas, e incurrir en sanción. No obstante, la ausencia de definición legal de acto médico, mayoritariamente aceptada y aprobada a nivel europeo, no es absoluta, sino fragmentaria, puesto que en distintas normas jurídicas de rango inferior aparecen diseñados como actos médicos propios, actividades sanitarias determinadas, como sucede en algunos Reglamentos de Cuerpos Médicos o en las antiguas tarifas de honorarios oficiales por asistencia declarados hoy antijurídicos por la CNC, o en el Código de Deontología Médica de 2011 en su artículo 7.1 como novedad, pues no estaba recogida la definición de acto médico en los Códigos anteriores.

En nuestro Derecho, además, para el ejercicio de la profesión, es necesaria la incorporación al Colegio Profesional correspondiente.

Es obvio, pues, que nadie puede ejercer una actividad profesional reservada a los miembros de una corporación si no ostenta una autorización válida y apropiada y no está inscrita en el Colegio correspondiente. Ahora bien, para determinar si un acto constituye el ejercicio de una actividad profesional exclusiva, no existiendo una definición o una enumeración legal de los actos que componen dicha

actividad, habrá que acudir al examen de la Ley Profesional aplicable a cada caso particular, y si, aun así, nos encontráramos con una **laguna legal**, en sustitución del criterio de legalidad, habrá que acudir al criterio de identidad, es decir, al reconocimiento del acto por su naturaleza y circunstancias. Al efecto hay dos señas o señales primarias: la autenticidad y la veracidad.

Autenticidad: la sociedad tiene derecho a que la actividad sanitaria, y más concretamente la actividad médica, por su transcendencia social, se identifique fácilmente como actividad científica (carácter objetivo) y responsable (carácter subjetivo), es decir, que ofrezca solvencia técnica y garantía personal.

Veracidad: en toda actividad sanitaria, y muy especialmente médica, debe respetarse la verdad, evitando que se deformen los hechos o se induzca a error. (honeste vivere –recto, ético, ejercicio-). Por consiguiente, “las afirmaciones que contengan alegaciones que se refieran a la naturaleza, composición, origen, cualidades o propiedades de los productos o prestaciones de servicios (tal como exige con carácter genérico el Estatuto de la Publicidad), serán siempre exactas y susceptibles de prueba. Y el engaño se produce no sólo cuando, en efecto, se miente positivamente, como también cuando se ocultan factores relevantes.

Se comprende que la determinación de los actos médicos, a falta de una definición legal, sea una cuestión de hecho cuya apreciación haya quedado encomendada a los Tribunales, en función de las circunstancias en que los hechos se hayan producido; pero he aquí que nuestra **jurisprudencia** es también no sólo escasa, sino también pobre.

Como consecuencia de todo ello, habrá que acudir a la doctrina. Entre nosotros quien más se ha acercado, aunque indirectamente y desde el campo penal a este problema, al hablar del “tratamiento médico” o de la “actividad curativa” ha sido el **Jurista Carlos Romeo Casabona**. Después de hacer un resumen de definiciones del “tratamiento médico-quirúrgico”, desde Stooss (1898) hasta nuestros días, propone como síntesis la siguiente: “Aquella actividad profesional del médico, dirigida a diagnosticar, curar o aliviar una enfermedad, a preservar (directa o indirectamente la salud) o a mejorar el aspecto estético de una persona”. Al decir “actividad” habrá que interpretar en esta definición no sólo facultad de obrar, sino también conjunto de actos y aunque se refiere

primariamente al “tratamiento médico-quirúrgico” distingue acertadamente entre el mismo y el “tratamiento terapéutico”.

De ahí que podamos entender por acto médico, actualizando la doctrina de mi Padre Antonio De Lorenzo, “cualquier actividad autónoma sobre la persona humana, a efectos preventivos, curativos o paliativos, en orden a la investigación, detección, diagnóstico, prescripción, tratamiento y rehabilitación de la salud, cuya realización está reservada por la Ley a los profesionales con aptitud científica y corporativa acreditada por la posesión del título universitario procedente y su inscripción en el Colegio correspondiente.”

Subrayando la autonomía como circunstancia fundamental, pues sólo el profesional tiene **soberanía terapéutica** sobre el acto médico, aunque puedan ejercitar actos médicos auxiliares o delegados otras personas sin la titulación requerida.

Tal reserva terapéutica no obsta para que el personal auxiliar sanitario o de otras profesiones sanitarias y no sanitarias puedan realizar actos coadyuvantes de cooperación o de ejecución colaborativa, bajo la dirección o prescripción del profesional titulado e incluso directamente aquellos que por delegación de éste o por atribución legislativa, les estén específicamente señalados; pues tales aportaciones para la consecución de los fines de salud sobre el hombre, deberán tener lugar siempre bajo la superior responsabilidad directiva y decisiva y, por tanto, no podrán dar lugar a actos médicos autónomos, sino con carácter excepcional, especificados individualizadamente en las guías de las distintas profesiones capacitadas al efecto.

Si la salud es un derecho, la tutela de la salud (prevención, recuperación y promoción) es un deber, que el Estado debe garantizar dentro de la relatividad humana. De donde se infiere que el **Sistema Nacional de la Salud** y la actividad del médico constituyen imperativos de justicia social en cuanto distribuyen y redistribuyen salud. El acto médico ya no es sólo un acto técnico-científico que afecta a la biología del hombre, sino es también un acto jurídico social que a través de la biología del hombre tiende a mantener o recuperar el equilibrio fundamental de la salud, que no es sólo un bien espiritual, sino también socioeconómico, patrimonial, y lo asegura o restaura.

La actividad médica se plantea, así como exigencia de justicia social desde el momento en que existiendo un bien no equitativamente distribuido o

sujeto a alteraciones tanto de la naturaleza como del contexto social es preciso hacerlo de forma mejor, más justa, sobre todo en cuanto no alcance a cubrir los presupuestos elementales a las necesidades del hombre en orden a su realización con **dignidad y libertad**.

Hay que replantearse la justificación y legitimidad del ejercicio médico en función del derecho a la salud. Si la medicina no es un ejercicio de libre competencia; si la sanidad postula un servicio ordenado para la salud pública, y si está reservada a una determinada profesión titulada, no se busca con ello tanto proteger una corporación honesta y benéfica cuanto reprimir la autenticidad, la incompetencia o la **competencia desleal**, en cuanto éstas implican atentados o lesiones a un bien fundamental del hombre. Por otra parte, los continuos avances técnicos producen un incesante incremento del poder médico sobre la personalidad. Este riesgo exige una también seguridad adicional dentro del riesgo superior de la contingencia sanitaria.

El acceso a salud no es sólo un bien inmaterial, pues puede traducirse en bienestar efecto, y por ello el poder público tiene que convertirse en garante y aún gestor de esta fundamental aspiración, armonizando lo individual y personal con lo comunitario y social al tiempo que el médico, sin perder su personalidad ni la **iniciativa privada**, como estímulos vitales y garantías de libertad, tiene que acertar a integrarse en un sistema de acciones y servicios sociales para atender la demanda de salud y promoción personal que rebase decididamente los límites de lo privado, y de ahí que el acto médico, por cuanto distribuye o redistribuye salud, sea un acto de derecho y de justicia, en cuanto da a cada uno lo que es o debe ser suyo, lo que le corresponde (“suum cuique tribuere”), es decir, el grado de salud que el hombre, por el mero hecho de ser hombre, aparte de miembro de una comunidad, le pertenece. El acto médico no es, así, un mero acto de liberalidad o un negocio jurídico bilateral, sino un **acto de justicia**, y de justicia social, con todo lo que de grandeza y servidumbre todo acto de justicia conlleva.