

La responsabilidad profesional del Médico Interno Residente

Luis Fernando BARRIOS FLORES

Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Alicante

1.- Especialización y responsabilidad. 2.- Concepto y naturaleza: Contrato laboral, peculiar, de duración limitada. 3.- El ámbito de actuación del MIR.- 4.- La responsabilidad profesional del MIR: 4.1.- Los errores diagnósticos.- 4.2.- La responsabilidad patrimonial por negligencias graves.- 4.3.- Las imprudencias. 4.4.- La responsabilidad corporativa.

1.- Especialización y responsabilidad.

El imponente avance científico que acontece a partir del período ilustrado hace inevitable el saber especializado. El profesional tradicional (médico en el caso que aquí nos ocupa) es humanamente incapaz de abarcar tan constante e ingente cúmulo de nuevos conocimientos. Y la especialización deviene inevitable¹. En un primer estadio histórico será la distinción entre medicina y cirugía y también entre medicina y farmacia. Y con posterioridad, de modo especialmente intenso a lo largo del XIX², en una tendencia que se consolida en el siglo posterior³, será

incesante la aparición de nuevas especialidades –e incluso super-especialidades- médicas.

La especialización demanda específica preparación, y en una disciplina tan marcadamente práctica cual es la Medicina, surge como natural consecuencia la llamada formación post-grado. El tiempo de licenciatura es insuficiente para que el profesional médico adquiera una formación especializada, y además se muestra como imprescindible la constatación del manejo de las distintas técnicas y procedimientos. Esta es fundamentalmente la razón de ser del médico residente. El licenciado en medicina prolonga su período de formación, en una enseñanza, que pretende combinar tras la licenciatura, sin solución de continuidad y en manifestación coetánea, teoría y práctica⁴. El médico ejerce aprendiendo y aprende ejercitándose⁵. Y, hoy por hoy, no puede ser de otro modo, no disponemos de alternativa formativa mejor.

La necesidad de esta figura viene reconocida por razones utilitarias que tienen su raíz en remotos momentos históricos⁶. Este tipo de formación especializada es gráfi-

¹ La especialización y el positivismo corren parejos, y en el período ilustrado Comte (1798-1857) podía afirmar que: “la división del trabajo intelectual, cada vez más perfeccionado, es uno de los atributos más importantes de la filosofía positivista”; COMTE, Augusto: *Curso de filosofía positiva (Lecciones 1 y 2)*, Aguilar Argentina/Orbis, Barcelona, 1984, p. 37.

² Modelo paradigmático de proceso de especialización es bien sabido que es la sociedad norteamericana, y curiosamente Alexis de Tocqueville (1805-1859), reputado comentarista del modelo americano de democracia, loaba las virtudes de la especialización en estos términos: “Cuando un artesano se dedica continua y únicamente a la fabricación de un solo objeto, acaba por realizar su trabajo con rara destreza”; TOCQUEVILLE, Alexis de: *La democracia en América*, Sarpe, Madrid, 1984, T. II, p. 137.

³ El punto de partida del especialismo médico pudiera ubicarse en Carl August WUNDERLICH: *Wien und Paris. Ein Beitrag zur Geschichte und Beurtheilung der gegenwärtigen Heilkunde in Deutschland und Frankreich*, Ebner und Seubert, Stuttgart, 1841. Cfr. LÓPEZ PIÑERO, José María: *Antología de clásicos médicos*, Triacastela, Madrid, 1998, p. 423-424.

⁴ A finales del XIX el padre de la Sociología, Durkheim (1858-1917), afirmaba con razón: “el sabio ya no cultiva simultáneamente ciencias diferentes, sino que incluso no abarca el conjunto de toda una ciencia”; DURKHEIM, Emile: *La división del trabajo social*, Planeta-Agostini, Barcelona, 1985, p. 49. Esta obra, como se recordará fue su tesis doctoral.

⁵ Lo cual no implica que deje de estar por ello supervisado. Por eso señala ALARCÓN FIDALGO, Joaquín: “El aseguramiento de las responsabilidades médicas y hospitalarias”, en *La Responsabilidad de los Médicos y Centros Hospitalarios frente a los Usuarios de la Sanidad Pública y Privada*, Doce Calles, Aranjuez, 1994, p. 169: “el principiante sólo puede aprender a operar operando, pero siempre acompañando en intervenciones de incidencia grave sobre el paciente”.

⁶ Especialmente intensa es la relación entre médico maestro y aprendiz descrita en el Juramento Hipocrático: “Juro... Tener al que me enseñó este arte en igual estima que a mis progenitores, compartir con él mi hacienda y tomar a mi cargo sus necesidades si le hiciere falta; considerar a sus hijos como hermanos míos y enseñarles este arte, si quieren aprenderlo, de forma gratuita y sin contrato o compromiso; hacerme cargo de la preceptiva, la instrucción oral y demás enseñanzas de mis hijos, de los de mi maestro y de los discípulos que hayan suscrito el compromiso y estén sometidos por el juramento a la ley médica, pero de nadie más”.

camente descrito por un reputado bioético, H. T. Engelhardt, en estos términos: “Las técnicas tienen que pasar del maestro sabio al aprendiz de curador, quien, mientras continúa en su aprendizaje, quizá saje un forúnculo, coloque un hueso o trate una fiebre con menos habilidad que el profesor, pero si los pacientes no cayesen en manos de estos jóvenes aprendices, la técnica perecería”⁷.

El modelo formativo referido, que ha gozado de tan indiscutido como amplio crédito dentro y fuera de nuestro país, plantea no obstante algunos problemas prácticos de no escaso interés. No es ahora el momento -sin descartar encarar tal tarea en el futuro- de afrontar las cuestiones sociales y económicas relacionadas con el tema (la manifiesta explotación de una mano de obra tan cualificada como barata, la abusiva implantación de horarios y servicios tan sobredimensionados como escasamente respetuosos con la integridad psico-física de estos profesionales, la incertidumbre del futuro profesional de los mismos,...). Mi planteamiento es más modesto en el objetivo y limitado en el contenido. Pretendo circunscribirme a describir el panorama de la responsabilidad del Médico Interno Residente (MIR), sugiriendo algunas líneas interpretativas que pudieran ser de utilidad a profesionales del Derecho y de la Medicina.

Analizaremos pues la especialización del médico, que no de la ciencia médica. La “realidad médica” es la que es. El médico es el que ayer, hoy y mañana, tendrá un dominio más o menos profundo, más o menos parcial (y por ello “especial” y “especializado”⁸) de su conocimiento (de su *aprender/aprehender*). Como afirma el civilista Fernández Costales, la medicina: “por un lado se ha tecnificado, y por otro lado se ha diversificado, lo cual hace intervenir en el acto médico quirúrgico una gama muy variada de profesionales especializados, dada la imposibilidad física y profesional de que un solo médico

domine las muchas especialidades que confluyen en el proceso médico-hospitalario”⁹.

Bien es cierto que el concepto de especialista es un término más de tipo administrativo que de tipo médico, pero desde el momento que presupone una cualificación en el ejercicio profesional aporta un elemento valorativo no desdeñable de la responsabilidad médica y hospitalaria¹⁰. En realidad, a un determinado profesional le es exigible la diligencia concordante con la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención¹¹. Y no hemos de extrañarnos de esto. Niklas Luhmann ha descrito con acierto¹² el proceso de progresiva asunción de riesgos que desplaza a la primitiva peligrosidad. El avance tecnológico permite al ser humano controlar en gran medida las fuerzas de la naturaleza; será entonces cuando quepa hablar de riesgo -asumido- en lugar del tradicional peligro natural -tan dramático como irremediable-. La especialización médica, con sus patentes avances, pero también con sus incertidumbres, no ha podido desprenderse -no podía ser de otra forma- de ese riesgo permitido, en cuanto que asumido, con los límites obviamente infranqueables, vedados por nuestro ordenamiento y que abren las puertas a la responsabilidad -imprudencia, negligencia e incluso responsabilidad objetiva en ciertos casos-.

2.- Concepto y naturaleza: contrato laboral, peculiar, de duración limitada.

Indagar acerca de la responsabilidad profesional del Médico Interno Residente exige, como primer paso, determinar qué existe tras esta conocida denominación de “MIR” y cuál es su naturaleza. Esta primera tarea no es una mera elucubración teórica sin trascendencia práctica, sino que nos proporcionará la clave interpretativa de la

⁷ ENGELHARDT, Hugo Tristram: *Los fundamentos de la bioética*, Paidós, Barcelona, 1995, p. 315.

⁸ La distinción, aunque no sea objeto central de estas páginas, no debe pasar desapercibida. Tal como afirmara Ortega: “Para progresar, la ciencia necesitaba que los hombres de ciencia se especializasen. Los hombres de ciencia, no ella misma. La ciencia no es especialista. *Ipsa facto* dejaría de ser verdadera. Ni siquiera la ciencia empírica, tomada en su integridad, es verdadera si se la separa de la matemática, de la lógica, de la filosofía. Pero el trabajo en ella sí tiene -irremisiblemente- que ser especializado”; ORTEGA Y GASSET, José: *La rebelión de las masas*, Orbis, Barcelona, 1983, p. 112-113.

⁹ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, La Ley, Madrid, 1987, p. 6.

¹⁰ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, op. cit., pp. 45-46. No debe olvidarse al respecto que el art. 1 del Real Decreto 127/1984 (BOE, 31 enero) requiere el título “para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación”. Cfr. LLAMAS POMBO, Eugenio: *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, Madrid, 1988, pp. 262-263.

¹¹ Doctrina contenida en las SSTS 29.3.1966 y 24.1.1975.

¹² LUHMANN, Niklas: *Risk: a Sociological Theory*, Trad. Rhodes Barrett, De Gruyter, Berlin 1993.

esencia y función de esta figura, y correlativamente las dimensiones de su responsabilidad.

El concepto normativo de MIR arranca del Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social de 7 de julio de 1972. Se afirmaba allí, en su art. 166: “En aquellas Instituciones sanitarias acreditadas para la docencia existirán médicos residentes. Son Médicos residentes aquellos facultativos que para su formación como especialistas precisan ampliar y profundizar los aspectos teóricos y prácticos del área que cubre una especialidad, actuando en la Institución durante un tiempo limitado de tiempo de práctica médica, programada y supervisada para adquirir de forma progresiva los conocimientos en orden a la responsabilidad creciente en la práctica de la especialidad.

El periodo limitado de la actuación, así como su selección, se ajustarán a la legislación vigente”.

En la actualidad será el art. 4.1.a) del Real Decreto 127/1984, 11 enero (BOE, 31 de enero), que regula la obtención de títulos de especialidades médicas, el que aborde tal tarea conceptualizadora en los siguientes términos: “Son Médicos residentes aquellos que, para obtener su título de Médico Especialista, permanecen en los Centros y en las Unidades Docentes acreditadas un periodo, limitado en el tiempo, de práctica profesional programada y supervisada, a fin de alcanzar, de forma progresiva, los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para ejercer la especialidad de modo eficiente. Estos Médicos comenzarán su especialización como Residentes de primer año y completarán sucesivamente el programa de formación, siempre que hayan superado satisfactoriamente la evaluación continuada que corresponda”.

Como puede comprobarse ambas regulaciones contienen unos elementos comunes que precisamente se constituirán en los signos característicos de la formación del MIR y de su intervención asistencial:

- El MIR se encuentra en instituciones sanitarias acreditadas para la docencia.

- La finalidad de esta figura viene determinada por la necesidad de alcanzar una formación teórica y práctica especializada.

- Tal formación y tal práctica profesional, se adquirirán de forma progresiva, de modo programado y supervisado.

- A la par que tiene lugar el proceso formativo - teórico y práctico- el MIR irá sumiendo una “responsabilidad creciente en la práctica de la especialidad” (1972), es decir, su meta es “alcanzar, de forma progresiva, los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para ejercer la especialidad de modo eficiente” (1984).

Tras este primer apunte definitorio en el terreno legal procede indagar acerca de la naturaleza -también en sede jurídica- de esta figura. En lo referido a la naturaleza del contrato que liga al MIR con la institución sanitaria en la que recibe su formación y presta sus servicios, la doctrina legal ha venido reconociendo que ésta, a la luz de las normas reguladoras arriba citadas, tiene las siguientes notas distintivas:

a) Contrato laboral. La jurisprudencia es reiterada al respecto -a salvo de lo que luego se dirá en relación con las Corporaciones Locales-. Así las SSTS, 3ª, de 16.11.1993 (Az. 993) y 16.12.1993 (Az. 2853/1994) hablan de “contrato de formación postgraduada y asistencia médica de carácter laboral”. Y más concretamente la STS, 3ª, 27.6.1994 (Az. 5194) destaca su naturaleza de contrato laboral para la formación: “el contrato que liga a los Médicos Internos Residentes en el Centro Hospitalario es un contrato laboral para la formación previsto en el artículo 11.2 del Estatuto de los Trabajadores y desarrollado por el Real Decreto 1992/1984, de 31 octubre, en cuyo artículo 6.º se recoge que el contrato de trabajo para la formación es aquél por el que el trabajador se obliga, simultáneamente, a prestar un trabajo y a recibir formación y el empresario a retribuir y, al mismo tiempo, a proporcionar a aquél una formación que le permita desempeñar un puesto de trabajo”. Y la Sala de lo Social establece otro tanto: “la relación que une a los Médicos residentes con su Hospital es una relación laboral” (STS, 4ª, 15.2.1999, EDJ 1999/2606)¹³.

En el terreno jurídico positivo el Real Decreto 127/1984 tampoco deja lugar a dudas de la naturaleza jurídico-laboral de la relación. Así en su art. 4.1.b) afirma: “Cuando la formación médica especializada implique la prestación de servicios profesionales en Centros hospitalarios o extrahospitalarios públicos, propios del Instituto Nacional de la Salud o concertados con este Instituto, y cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de las Entidades a que pertenezcan, celebrarán con los

¹³ Cfr. MARÍN CORREA, José María: “Médicos internos y contrato laboral”, *Actualidad laboral*, núm. 22, 31 may. a 6 jun. 1999, pp. 2011-2017.

interesados el correspondiente contrato de trabajo, de acuerdo con la legislación específicamente aplicable”.

No obstante lo anterior, ha sido frecuente -y de ello dan buena muestra varios pronunciamientos jurisprudenciales¹⁴- la contratación en régimen administrativo de “médicos internos residentes” por parte de Corporaciones Locales. Esto era así, porque dichas Corporaciones celebran estos contratos al amparo de lo establecido en la Orden del Ministerio de Gobernación de 24 de junio de 1971, y en lo no previsto en ella ni en el mismo contrato, por lo establecido en el Reglamento de Personal de los Servicios Sanitarios Locales de 27 de noviembre de 1953, Reglamento de Funcionarios de Administración Local de 30 de mayo de 1952, y demás disposiciones de general aplicación. Hoy debiera entenderse que, por aplicación de lo dispuesto en la Disposición Adicional 4ª de la Ley 30/1984, de 2 de agosto de Medidas para la Reforma de la Función Pública, ya no caben contratos de colaboración temporal en régimen de derecho administrativo¹⁵. El tema debiera reconducirse, por tanto, al campo jurídico-laboral, al que antes nos hemos referido.

b) Es peculiar. Es innegable la peculiaridad de la contratación de los MIR, y así se manifiesta la STS, Social, 26.3.1993 (Az. 2211) cuando hace alusión a que “aun cuando sin duda están vinculados a ésta [Administración] por contratos de trabajo, su relación está fuertemente imbuida de un carácter docente y formativo”. Y la STS 4ª, 15.2.1999 (EDJ 1999/2606) reconocerá que “estamos ante un contrato formativo, en el sentido amplio de la expresión.”, aunque “lo que sucede es que el contrato propio de los MIR no se identifica con ninguna de las dos variantes de «contratos formativos» que contempla el art. 11 ET”, por lo que “se trataría por tanto de un contrato de formación muy característico, índole que no hay que negar”. Esta peculiaridad justifica su “catalogación como contrato de naturaleza mixta”¹⁶. Así para la STSJ Madrid, Sec. 9ª, 4.3.1992, cuyos fundamentos de derecho 3º y 4º fueron aceptados por la STS 27.6.1994 (Az. 5194) el contrato de los MIR es “esencialmente docente” o cuando

¹⁴ SSTs, Social, 9.10.1984, Az. 5259; 24.10.1985, Az. 5101 y 5.10.1987, Az. 6812.

¹⁵ Adviértese que la citada Disposición Adicional 4ª tiene la consideración de “base del régimen estatutario de los funcionarios públicos” y como tal es aplicable al personal de todas las Administraciones Públicas (art. 1.3 Ley 30/1984).

¹⁶ PANIZA FULLANA, Antonia: “La responsabilidad civil del médico interno residente (MIR)”, Comunicación presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 21, 22 y 23 octubre 1999, p. 2.

menos “primordialmente docente”. Este contenido formativo lleva a algún autor a considerar que el contrato que liga a los médicos residentes con la Administración Sanitaria es un supuesto “especial” de contrato de trabajo en prácticas¹⁷.

Lo cierto es que el vínculo laboral del MIR con la institución hospitalaria:

- Tiene un contenido formativo. Tal como explícitamente se expresa el art. 4.1.a) del Real Decreto 127/1984, 11 enero (BOE, 31 enero), que regula la obtención de títulos de especialidades médicas, los MIR: “permanecen en los Centros y en las Unidades Docentes acreditadas”, en donde adquirirán “de forma progresiva, los conocimientos” y “completarán sucesivamente el programa de formación, siempre que hayan superado satisfactoriamente la evaluación continuada que corresponda”, tal como reiterada jurisprudencia no ha cesado de indicar, como a continuación se verá.

- Tiene un contenido instrumentalmente asistencial. La STSJ Madrid, 10.12.1999 describe la naturaleza de la relación laboral MIR en los siguientes términos: “son trabajadores, ligados por un contrato de formación, en el que se combina la enseñanza y el trabajo profesional como Médico”. Pues como asimismo se afirma en la STS, 3ª, 16.11.1993, Az. 9500 (y en idénticos términos la STS, 3ª, 16.12.1993, Az. 2853/1994): “esta colaboración en la función asistencial, como acertadamente señala la sentencia recurrida, lo es en cuanto se trata de actividad requerida para la formación y especialización del MIR”. Por lo dicho se reconoce en la STS, 3ª, 16.11.1993, Az. 9500 (y en idénticos términos la STS, 3ª, 16.12.1993, Az. 2853/1994) se afirmará que: “las funciones asistenciales que el MIR presta, tutorizadas bajo la supervisión de los facultativos del Centro, tienen un carácter instrumental al servicio de su formación especializada”. Sobre dicha nota de “instrumentalidad” debieran hacerse algunas precisiones, por las amplias repercusiones que en la práctica asistencial tiene.

El MIR presta asistencia, hasta el punto de que, por ejemplo, la STSJ Madrid, 10.12.1999 recuerda que los médicos residentes forman un tercio de la plantilla hospitalaria y que “como médicos que son y sin perjuicio de actuar bajo el control y supervisión del Jefe del Servicio al que se hallan adscritos, colaboran en las prestaciones

¹⁷ GOERLICH PESET, J.M.: “Los médicos residentes: un supuesto ‘especial’ de contrato de trabajo en prácticas”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 45, Ene.-Feb. 1991.

sanitarias, con lo que parece lógico pensar que la planificación del trabajo en los Hospitales se realice contando con la presencia de estos profesionales de la medicina”.

Es una modalidad de aprendizaje que se adquiere mediante la práctica sanitaria. Por ello se dirá en la STS, 3ª, 27.6.1994, Az. 5194 (que recoge los fundamentos jurídicos 3º y 4º de la STSJ Madrid, Sec. 9ª 4.3.1992) que “si los Médicos Internos Residentes deben realizar "prácticas profesionales" si deben prestar "servicios profesionales, si deben realizar funciones" distintas de la meramente docentes, si deben "colaborar en las tareas asistenciales" y si firman un contrato de trabajo para la formación mediante el que se obligan a prestar servicio y a recibir formación, no cabe concluir, como lo hace la actora, que las labores a que los MIR se dedican son exclusivamente docentes ya que, al menos, ha de admitir, como se recoge expresamente en los contratos por la actora aportados, que el contrato es sólo "primordialmente docente". Por otro lado, como es obvio, el aprendizaje de cualquier técnica o ciencia puede conseguirse a través de medios teóricos y prácticos y, a menudo, mediante ambos. En el caso de los Médicos Internos Residentes, según lo glosado, el aprendizaje de la especialidad médica se consigue, en lo que ahora interesa, mediante la práctica sanitaria”.

Ahora bien, esta relación de instrumentalidad, en que consiste la integración en el dispositivo asistencial de los médicos internos residentes, no puede justificar abusos -por otro lado no infrecuentes¹⁸ - pues si bien Hospitales pueden valerse de los servicios asistenciales de los MIR, ya que “[l]os residentes son médicos en proceso de formación y, como tales, deben dar asistencia a pacientes”¹⁹, y así dice la STS, 3ª, 27.6.1994, Az. 5194: “el Hospital tiene derecho a valerse de la colaboración que el médico residente debe prestar (artículos 11.2 del Estatuto de los Trabajadores y 6 del RD 1992/1984, ya examinados)”, no menos cierto es que los MIR no son un sustitutivo de la plantilla titular. Por ello afirman las SSTS, 3ª,

¹⁸ En concreto la STS 4ª, 15.2.1999 (Pte. Ríos Salmerón) ya citada alude a uno de estos abusos. Trata de la reclamación de un Sindicato médico de la Comunidad Valenciana para declarar nula un cláusula del contrato-tipo de trabajo establecido con los MIR por la Conselleria de Sanidad, al negar dicha cláusula el derecho al descanso de doce horas entre jornadas, después de una guardia. Y la Sala, en base a “la naturaleza laboral del vínculo que une al Médico residente con su Hospital”, y sin que el contenido igualmente formativo del mismo desvirtúe lo anterior, confirma el fallo atacado en casación, fallo este el de la Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana de 30.3.1998 que estimó la demanda de aquel Sindicato y que declaró, en suma, nula la cláusula citada.

¹⁹ KAPLAN, Harold I. y SADOCK, Benjamin J.: *Sinopsis de Psiquiatría*, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 1999, p. 1511.

16.11.1993, Az. 9500 y 16.12.1993, Az. 2853/1994 que: “las funciones asistenciales que el MIR presta, tutorizadas bajo la supervisión de los facultativos del Centro, tienen un carácter instrumental al servicio de su formación especializada, y no tratan de suplir ni completar las que incumben a los médicos que integran la plantilla del mismo, que debe ser suficiente para cubrir sus necesidades asistenciales”²⁰.

Dicha instrumentalidad se extiende, asimismo, a las guardias médicas que indudablemente sí pueden ejecutar los MIR. Por ello señala la STS, 3ª, 16.12.1993, Az. 2853/1994 que “no excluye que las eventuales actuaciones de los MIR en régimen de guardias tengan la misma finalidad formativa”.

E igualmente, precisamente porque colaboran asistencialmente, sí cabe imponerles a los MIR servicios mínimos en caso de huelga, si bien su actividad durante tales servicios mínimos no se verá alterada respecto a una jornada normal. En tal sentido afirma la STS, 3ª, 27.6.1994, Az. 5194: “Es decir, el MIR, en tanto que colabora con los médicos titulares, realiza un servicio esencial aunque sea, insistimos, en grado de colaboración, por lo cual la autoridad gubernativa puede y debe imponer los servicios mínimos. Lógicamente, estos mínimos así establecidos, no pueden ser distintos, ni cualitativa ni cuantitativamente, de la actividad a que los MIR se pueden dedicar. Es decir, ni pueden realizar ninguna función si no es bajo la directa supervisión del Jefe de Servicio, ni pueden realizar funciones que no le estén encomendadas. Si el MIR colabora o ayuda al Jefe de Servicio en período de paz laboral, durante el transcurso de una huelga se podrán imponer servicios mínimos que obliguen al MIR a realizar funciones de mera colaboración. Y al contrario, no pudiendo en el desarrollo ordinario de su trabajo realizar funciones propias de la especialidad para la que se preparan sin la supervisión del Jefe de Servicio, tampoco podrá imponérsele, durante una huelga, la obligación de colaboración sin esa supervisión”.

- Los dos contenidos evolucionan a lo largo del proceso formativo/asistencial. Como se señala en la ya citado art. 4.1.a) del Real Decreto 127/1984: lo que se pretende con el modelo formativo/asistencia MIR es “alcanzar, de forma progresiva, los conocimientos y la responsabilidad profesional”, para lo cual “completarán sucesi-

²⁰ De ahí precisamente que esté en discusión allende nuestras fronteras la necesidad de reducir la jornada laboral del MIR; Toung Choices for Teaching Hospitals”, *New England Journal of Medicine*, Vol. 347, 16, 2002.

vamente el programa de formación, siempre que hayan superado satisfactoriamente la evaluación continuada que corresponda”. El peso de los componentes asistencial y formativo no será el mismo a lo largo del tiempo, por tanto, ya que existirá una evaluación que permitirá constatar los progresos en la formación del MIR y por tanto atribuirle más funciones asistenciales y mayor grado de responsabilidad. Por eso en el Dictamen que elaboró Sánchez Caro el 28 de febrero de 2000 puede leerse: “cada vez que el MIR supera la evaluación que de manera anual se realiza, comienza a prevalecer de modo indudable el carácter de prestación de servicios profesionales del Médico Residente sobre el aspecto formativo en relación con aquellas tareas que quedaron incluidas en dicha evaluación, al exigirse la realización de un contrato de trabajo para la prestación de su propia actividad médica dentro del ámbito de dirección del Centro Sanitario y a cambio de una retribución, lo que a su vez exige la debida inscripción en los Colegios Oficiales de Médicos previa a la celebración de los contratos”²¹.

c) Es de duración temporal. El contenido forzosamente temporal que vincula al MIR con la institución de la que recibe su formación y a la que presta sus servicios es inevitable. Por ello el citado art. 4.1.a) del RD 127/1984 habla de período “limitado en el tiempo”. O tal como afirma la STS, Social, 19.7.1986 (Az. 4260): “la contratación de médicos residentes tiene por su propia naturaleza una duración limitada, ya que supone el paso progresivo desde el nivel 1º al 4º, en unas etapas de formación, que dan lugar al título de especialista, en el caso de los Mir, y a completar y perfeccionar conocimientos, obteniendo un certificado de la formación obtenida, en los restantes casos, (...) debiendo por tanto ser calificados de temporales, como así lo declaró para supuesto análogo la sentencia de 29 de noviembre de 1984 (Az. 5918)”.

3.- El ámbito de actuación del MIR.

A lo largo de su periplo formativo, y a la vez asistencial, el ámbito de actuación del MIR variará: desde la esfera de actuación propia del médico que es, en cuanto que licenciado en medicina y cirugía, hasta la consecución de su especialización. Y entre ambos extremos diferentes grados intermedios, tantos como metas o etapas formativas supere progresivamente el MIR. Cada nueva

etapa superada comporta una acreditación de su conocer y de su saber hacer.

Entiendo que la intervención permitida del MIR, en general, puede abarcar tres géneros de actividades:

a) Las actuaciones amparadas por su título formativo (licenciatura en medicina y cirugía). Que no son pocas. Como médico que, efectivamente es, el MIR puede, e incluso debe, actuar profesionalmente, pues se encuentra capacitado para ello.

b) Las actuaciones planificadas dentro del plan formativo-asistencial en que consiste el ciclo MIR. El MIR, y he insistido en este dato, a medida que avanza en el programa formativo es obvio que irá adquiriendo una mayor cualificación profesional que, si bien no le permitirá un “ejercicio pleno” hasta haber alcanzado la correspondiente titulación oficial, si hará factible que se le encomienden tareas más complejas y colaboraciones más intensas. Este es precisamente el sentido que tiene el art. 7.1 del Real Decreto 127/1984: “Los programas de formación médica especializada deberán especificar los objetivos cualitativos y cuantitativos que ha de cumplir el aspirante al título a lo largo de los períodos de formación que se establezca con carácter general”.

Tales avances en la formación y consiguiente preparación para asumir un mayor grado de responsabilidad pueden en la práctica encontrarse ante casos en los que el MIR deba optar. Bien por existir un previo tratamiento instaurado; bien por ausencia del médico (especialista) que lleva el caso. Gómez Pavón considera que en estas circunstancias el médico residente ha de actuar conforme al tratamiento preindicado (ya instaurado), si bien deberá supervisar personalmente la eficacia del mismo. Y, en lo segundo, deberá adoptar las decisiones adecuadas cuando tal asunción de responsabilidades devenga inevitable por ausencia del médico que lleva el caso²².

Pero, en cualquier caso, el MIR conserva un importante grado de autonomía. Como señala Asín: “Este sistema de asistencia tutelada, tiene lógicamente que llevar consigo cierto grado de autonomía para el médico en formación, sin que puedan controlarse por parte del *staff* responsable absolutamente todas las actuaciones del médico Residente”²³. En el mismo sentido se pronuncia

²¹ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA (Javier Sánchez Caro), Informe de 28.2.2000. Publicado en el *Diario médico* de 2.3.2000.

²² GÓMEZ PAVÓN, Pilar: Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil, Bosch, Barcelona, 1997, p. 349.

²³ ASÍN CARDIEL, Enrique: *Responsabilidad en el trabajo en equipo*, en *Responsabilidad del personal sanitario*, Actas del Seminario conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en

Rivera: “Este sistema basado en la asistencia tutelada, controlada y supervisada por el superior jerárquico, tiene lógicamente que llevar consigo cierto grado de autonomía para el médico en formación, cuyas actuaciones no siempre pueden ser controladas por el jefe de servicio”²⁴.

c) Las situaciones de urgencia. Recordemos que la intervención médica en una situación de urgencia es ya no solo permitida, sino incluso obligada. Por un lado el art. 196 del vigente Código Penal establece que: “El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años”.

Por otro, debe traerse a colación el art. 5.1. del Código de Ética y Deontología de 10 de septiembre de 1999 -Código que obliga a “todo médicos en el ejercicio de su profesión” (art. 2.1)- el cual establece que: “Todo médico, cualquiera que sea su especialidad o la modalidad de su ejercicio, debe prestar ayuda de urgencia al enfermo o al accidentado”.

Bien entendido que hasta aquí nos referimos a situación de urgencia, o no previstas o aunque previstas imposibilitadoras del contacto MIR-especialista (en las que por razones varias puede el médico residente encontrarse imposibilitado de contactar con el médico especialista, aunque dicha situación así lo requeriría). Pues bien, en tales casos, sin duda, el MIR puede actuar. Tal como señala la STS 4ª 24.1.1994 (Az. 372), referida expresamente a un caso donde se discutía la obligación o no de realizar guardias de medicina interna por especialistas ajenos a dicha especialidad, pero que sentó la siguiente doctrina general perfectamente trasladable a la práctica profesional de los médicos internos residente en dichos servicios: “...todo especialista debe tener los conocimientos de medicina necesarios para prestar una adecuada primera asistencia -no de otra cosa se trata- a todo aquél que acuda a un Servicio de Guardia, realizando un primer diagnóstico de la dolencia producida y ordenando, en su caso, el ingreso en el Servicio correspondiente, pues no ofrece duda que todo especialista ha de poseer, además de los conocimientos propios de su especialidad,

los de Medicina General que les proporciona la carrera universitaria cursada”. En supuestos de urgencia, por tanto, la intervención del MIR puede estar justificada.

Por supuesto la intervención, en principio legítima en caso de urgencia, no exime de responsabilidad al MIR, cuando menos en dos supuestos:

- Cuando la urgencia no es tal. Y así la STS 2ª, 28.12.1990, EDJ 90/12099, establece que el MIR es responsable del daño ocasionado, al actuar “a pesar de que no existía razón médica que exigiese la inmediata intervención”.

- Cuando, a pesar de la urgencia, el comportamiento del MIR es imprudente o negligente, siendo aquí de aplicación las reglas generales para tales supuestos (básicamente en casos de negligencia inexcusable o culpa grave, dirá Paniza^{25, 26}).

Capítulo aparte merece el tema del alta médica. Este fue un caso muy debatido en los medios de comunicación y en los círculos profesionales -y muy particularmente en el colectivo MIR- Y todo ello con motivo de la STS 1ª 30.12.1999, EDJ 1999/39950. La resolución -que condena al adjunto y al MIR- derivó en polémica en torno a la capacidad o no del MIR para firmar altas hospitalarias. Se solicitó un informe a la Asesoría Jurídica Central del INSALUD, elaborando Javier Sánchez Caro, Subdirector General un dictamen de fecha 28.2.2000²⁷ en el que, partiendo de reconocer que ninguna disposición legal da cobertura a que los MIR puedan dar un alta médica, en lo fundamental se expresaba abogando por una interpretación sistemática del art. 1 del Real Decreto 127/1984 en relación con el resto del articulado de dicho Real Decreto. Y, tal interpretación expresa el carácter marcadamente “profesional” del MIR (el contrato de trabajo al que alude el art. 4.1.b). a la vez que formativo, siendo patente que a medida que avanza el período de formación MIR los aspectos profesionales alcanzan un mayor protagonismo en detrimento de la característica puramente formativa. Es decir, se afirma textualmente: “según transcurren los años de residencia e incluso a lo largo de cada año, el MIR es evaluado y se comprueba su capacidad para ir realizando de manera progresiva las tareas propias de su especialidad, tareas para las que, si ya ha acreditado su

Madrid los días 14-16 noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995, p. 358.

²⁴ RIVERA FERNÁNDEZ, Manuel: *La responsabilidad médico-sanitaria y del personal sanitario al servicio de la Administración Pública*, Edit. Práctica del Derecho, Valencia, 1997, p. 80.

²⁵ PANIZA FULLANA, Antonia: *op. cit.*, p. 8.

²⁶ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *op. cit.*, p. 349.

²⁷ SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA, *op. cit.*

capacidad, no requieren una redundante tutoría previa”²⁸. La “realidad social” española, continúa diciendo Sánchez Caro en su Dictamen, es que miles de MIR practican de modo efectivo la medicina en España, siendo mínimos los casos y las tasas de reclamaciones por su quehacer profesional –por otro lado, homologables a los de los médicos especialistas-. Por tal razón no parece sostenible negar a un MIR capacidad para firmar un alta médica. Considera, por todo ello, que a la vista del contenido de la Orden Ministerial de 6 de septiembre de 1984 (BOE, 14 septiembre) que establece la obligatoriedad de elaborar un informe de alta a los pacientes atendidos, informe que de suscribir el médico responsable de la asistencia (lo que, obviamente, no excluye a un MIR), el MIR puede dar un alta, como realiza otros actos médicos incluso más complejos. Todo dependerá, en definitiva de la evaluación individual que lleve a cabo el tutor o el Jefe de la Unidad asistencial correspondiente. Será él quien deba impartir instrucciones al respecto al personal MIR, y todo ello en el marco de los programas de formación de cada especialidad. Precisamente para solventar los problemas que en la práctica asistencial pueden aparecer, el Informe recomienda: a) recoger en los programas de formación la competencia para emitir altas médicas a los MIR, en función de su evolución formativa, b) publicar dicha resolución y sus correspondientes actualizaciones y c) establecer un sistema de comprobación o acreditación de esta facultad de emitir altas, que debería constar en un libro o ficha del residente. De todos modos, como indica Sánchez Caro en su Informe lo que se ventila en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 1999, y lo que constituye por cierto la *ratio decidendi* de este fallo, no es una hipotética incapacidad del MIR para dar un alta médica, sino la concurrencia de una conducta imprudente (del adjunto y del MIR) que no agotaron todos los medios exploratorios aconsejables en el caso concreto.

Emilia Sánchez Chamorro, Subdirectora General de Formación del Ministerio de Sanidad afirmó tras esta sentencia que: “Los programas de formación son generales y deben ser adaptados por el tutor a cada caso. Este debe conocer el grado de madurez del MIR y, en función de ello y del año de residencia, ejercer una supervisión mayor o menor. Por su parte, el especialista en formación no debe realizar ningún acto sobre el que no se sienta

seguro, aunque legalmente pueda hacerlo como profesional médico que es”²⁹.

En realidad, ya lo hemos advertido, la cuestión de fondo no era el alta, aunque eso se convirtiera en la manzana de la discordia, sino el negligente actuar de los facultativos intervinientes: del adjunto no supervisando y del residente excediéndose en sus cometidos funcionales.

Bajo ningún concepto es equiparable la situación de un MIR a la de un Médico titular. En efecto, como señala el art. 1 del Real Decreto 127/1984, de 11 de enero (BOE, 31 de enero): “El título de Médico Especialista expedido por el Ministerio de Educación y Ciencia, sin perjuicio de las facultades que asisten a los Licenciados en Medicina y Cirugía, será obligatorio para utilizar, de modo expreso, la denominación de Médico Especialista, para ejercer la profesión con este carácter y para ocupar un puesto de trabajo en establecimientos o instituciones públicas o privadas con tal denominación”.

Y este patente hecho es reconocido por la STS, Social, 26.3.1993, Az. 2211, que pone de manifiesto el diferente punto de partida (existencia o no del correspondiente título), la diferente situación y, en definitivamente la distinta labor de uno y otro: “de ninguna manera pueden considerarse equivalentes, dentro de unos racionales niveles de exigencia, la labor y situación de un MIR con las de un Médico titular estatutario de la Seguridad Social. La divergencia y separación entre aquéllos y estos médicos es indiscutible, pues no puede establecerse parangón entre quienes ocupan una plaza propiamente dicha de Médico de la Seguridad Social, para lo cual es absolutamente necesario estar en posesión de la pertinente titulación académica y en particular del título de Especialista de que se trate, y aquellos otros que desarrollan su actividad con el fin fundamental de obtener, precisamente, esa titulación de Especialista”.

De hecho luego habrá ocasión de poner de manifiesto como determinada asunción de responsabilidades es destacadamente diferente en el caso del médico especialista que en el caso del médico interno residente (cuando mencionemos la posición de garante de uno y otro o cuando hagamos referencia a la llamada “culpabilidad por asunción”).

La STSJ Galicia, 22.11.2000, EDJ 2000/66262 describe, por ejemplo, lo que llega a denominar auténtica “parafernalia” en un parto al que concurren tres Ginecó-

²⁸ Aspectos estos, de evaluación y tutoría, que son regulados en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22-6-95 (BOE 30-6-95).

²⁹ *Diario Médico*, 25.1.2000.

logos, un Anestesiista, una Matrona, un Instrumentalista, un Circulante, además del correspondiente personal auxiliar en número de tres y de un Médico particular amigo de los recurrentes, así como otros tres médicos residentes de 2º, 3º y 4º del Servicio de Pediatría. Sin embargo -añade-, es llamativo que no asistiera un Pediatra titulado. Tal hecho da pie al Tribunal a expresarse en los siguientes términos: “De nada vale que el Dr. V.C., Jefe del Servicio de Neonatología, que en esas fechas se encontraba ausente del Hospital, nos diga que los tres Residentes que concurrieron se hallaban plenamente capacitados para ese cometido, pues no debe olvidarse que, por su condición de Residentes, se encuentran en fase de formación y no han obtenido todavía la especialidad de Pediatras. De los tres Residentes, solo el Dr. F.T. tuvo intervención directa en la atención médica al nacido, pues los otros dos se encontraban allí como meros observadores. Nadie se opone a que los Residentes accedan a un quirófano e incluso realicen una actividad médica, lo que es necesario para su formación, lo que ocurre es que deben actuar siempre bajo la directa supervisión de un especialista, en este caso de un Pediatra titulado”. Por tanto la necesidad de un pediatra titulado no es sustituible, en casos, como el aquí resuelto por una profusa presencia de otros especialistas y de médicos en período de formación especializada.

Ahora bien, si es cierto que MIR y médico especialista no son cualificaciones profesionales idénticas, no menos cierto es que el MIR sí posee un cierto ámbito de legítima actuación profesional. Es necesario, por tanto, distinguir entre los ámbitos permitidos y vedados de actuación del MIR. La frontera no siempre es diáfana. Conjugar la legitimidad de actuación en base al título inicial (licenciado en medicina y cirugía), con la progresiva formación y consecuente mayor intervención y asunción de responsabilidades, todo ello dentro de un proceso formativo/asistencial programado y supervisado que pretende poder alcanzar una autonomía plena en el área de especialización, no es nada fácil.

Como principio general a un MIR no le está permitida una intervención desacorde con su preparación, como tampoco lo está cuando al margen del nivel teórico de aquella, no se sienta suficiente preparado. Este último caso es el que contempla el art. 19 del Código de Ética y Deontología Médica de 10 de septiembre de 1999 cuando establece que: “El médico debe abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad. En tal caso, propondrá que se recurra a otro compañero competente en la materia”.

Respecto a lo primero, en general, debe tenerse en cuenta que, como señala la STS, 3ª, 27.6.1994 (Az. 5194): “los Médicos Internos Residentes no pueden, como es natural, realizar funciones de especialistas, porque no lo son”. Por tanto, no le está permitida al MIR “una intervención que, según su programa y año de formación no le está permitido o lo ha hecho sin esperar el apoyo de su tutor”³⁰.

La supervisión deviene, por tanto, inevitable, ya que “[n]adie se opone a que los Residentes accedan a un quirófano e incluso realicen una actividad médica, lo que es necesario para su formación, lo que ocurre es que deben actuar siempre bajo la directa supervisión de un especialista” (STSJ Galicia, C-A, 22.11.2000, EDJ 2000/66262). El peso de la supervisión se consagra a veces en términos ciertamente excesivos; así la STSJ Madrid, Sec. 9ª 4.3.1992 afirma que los MIR: “ni pueden realizar ninguna función si no es bajo la directa supervisión del Jefe de Servicio, ni pueden realizar funciones que no le estén encomendadas”³¹. Lejos de esta excesivamente amplia concepción de la supervisión se encuentra la SAP Alicante, sec. 4ª (Civil), 7.10.1997, EDJ 1997/11043, al afirmar que no puede identificarse con “la vigilancia directa por otro facultativo de todo acto médico de los residentes”.

De todos modos la frontera delimitadora de la actuación permitida del médico residente -no me canso de repetirlo- no es nítida. Este es especialmente el supuesto de determinadas actuaciones médicas de elevado riesgo, en cuyo caso no está permitida su delegación a médicos internos residentes. Es el supuesto del que trata la SAP Madrid, Secc. 14ª (Civil), 23.5.1998, EDJ 26867. Aprecia responsabilidad en el médico anestesiista que siendo consciente de especial complejidad del caso (paciente que ha habido sido operada anteriormente de vértebras cervicales, no siendo aconsejable la anestesia epidural y debiendo practicarse una entubación onotraqueal) delega tal intervención en un médico residente de cuarto curso, ya que era aquella la parte más compleja de la intervención “siendo necesario una especialización técnica en la materia”: “Esta delegación de facultades determina por sí una falta de diligencia, sin que el demandado haya probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso”. El Médico titular

³⁰ PANIZA FULLANA, Antonia: *op. cit.*, p. 6.

³¹ Alfonso ATELA BILBAO, hace un ameno recordatorio de como el tema de la supervisión de los MIR es bien antiguo, y como los intentos por definir con una cierta objetividad que ha de entenderse por tal actividad han resultado siempre fracasados. *Diario Médico*, 16.11.1998.

delega en un residente (de cuarto curso): “la parte más compleja de anestesia; donde se desata la necesidad de un estricto cuidado al realizar la entubación, siendo necesario una especialización técnica en la materia. Esta delegación de facultades determina por sí una falta de diligencia, sin que el demandado haya probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso”. Esta sentencia mereció un comentario crítico de De Lorenzo, por considerar que pecaba de “excesiva generalidad”, no pareciendo adecuado “dejar a un MIR en el último año de su formación reducido a la condición de mero espectador sin participación ninguna”³².

Otra cuestión distinta, aunque colateral, es compatibilizar el hecho de la intervención asistencial del médico interno residente con el derecho que asiste a los pacientes de conocer la identidad del médico que en cada momento le está atendiendo (art. 10.2 Código de Ética y Deontología de 1999). Considero que este tipo de información dentro del amplio derecho a la información que reconoce al paciente el art. 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Deber de información que corresponde al médico responsable del paciente, pero también al resto de los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto (art. 4.3 del mismo texto legal).

4.- La responsabilidad profesional del MIR.

A la hora de analizar la responsabilidad de un médico interno residente en instituciones públicas es indicado advertir que la misma hasta hace escasas fechas podría ser de índole civil, penal o administrativa (y, a su vez esta última en sus modalidades disciplinaria estatutaria³³, deontológica y patrimonial en vía de regreso). Hoy en día, tras la reforma habida por Ley 4/1999, de 13 de enero de reforma de la Ley 30/1992, 26 de noviembre de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común, para el MIR que presta sus servicios en instituciones públicas, la respon-

sabilidad civil desconectada de la penal ha desaparecido para el empleado público -y el MIR posee como acabamos de ver tal condición³⁴-. De hecho, la reforma de 1999 vino a consagrar con rango de ley una doctrina jurisprudencial que, por solo poner un ejemplo, ya se había vertido en el ATS, Sala Conflictos, 4.7.1997 (Az.1998/1318). Por tanto, hoy por hoy, en el MIR que esté vinculado a instituciones sanitarias públicas solo responderá civilmente cuando se trate de resarcir daños ocasionados con ocasión de delito o falta. Veamos pues el catálogo de responsabilidades vigentes y su incidencia en la actuación profesional del MIR. Descartaremos la responsabilidad civil -por las razones antedichas- y la disciplinario-estatutario por su escasa relevancia a los efectos que aquí nos ocupan.

4.1.- Los errores diagnósticos.

En primer lugar, parece pertinente una referencia a los “errores diagnósticos” frecuente fuente de exigencia de responsabilidades en todos los ámbitos (civil, administrativo y penal). Con ser diferentes sus repercusiones prácticas en cada uno de ellos, cabe un tratamiento unitario del error como fuente de responsabilidad médica.

El MIR, como cualquier otro médico, está condicionado por el margen de incertidumbre, de la inexactitud de la ciencia médica. Afirmaba Marañón que “la Medicina es una ciencia inexacta...es, como profesión, excelsa; pero, como ciencia, humildísima”³⁵. Tal margen de incertidumbre ha existido como una constante histórica que va desde el propio Hipócrates (“yo por mi parte, aplaudiría calurosamente al médico cuyos errores fueran los mínimos. Pero es muy difícil discernir donde está la certeza absoluta”³⁶) hasta el últimos tratadistas (“[La] noción de riesgo e incertidumbre es el lenguaje de la Medicina y de los Médicos”³⁷). Inexactitud por cierto que no es patrimonio exclusivo de la Medicina ya que se extiende a las

³² DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo: “La responsabilidad del médico. Especial referencia a la responsabilidad de anestelistas, radiólogos y otros especialistas”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, p. 106.

³³ Por la irrelevancia en el campo práctico deo de lado la posible responsabilidad puramente disciplinaria de la institución en la que el MIR presta sus servicios.

³⁴ Cfr. CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 393.

³⁵ MARAÑÓN, Gregorio: Prólogo a BENZO CANO, Eduardo: *La Responsabilidad Profesional del Médico*, Escelicer, Madrid-Buenos Aires, 1944, pp. 9 y ss.

³⁶ HIPÓCRATES: *Sobre la medicina antigua*, en *Tratados hipocráticos*, Gredos, Madrid, 2000, pp. 36-37.

³⁷ MARTÍNEZ MONTAUTI, Joaquín: *Fines de la medicina*, en CASADO, María (Comp.): *Estudios de Bioética y Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 149.

ciencias en general³⁸ y hasta al propio Derecho³⁹. Tal margen de inexactitud se encuentra particularmente presente a la hora de hacer los diagnósticos. Pues como afirmara Feijoo, “[u]na máquina tan delicada, y tan com- puesta como la del cuerpo humano, puede padecer en su contextura varios desórdenes por innumerables acciden- tes totalmente impenetrables a toda la especulación de los hombres”⁴⁰. De ahí que en este campo “el resultado de error es perfectamente compatible con la conducta dili- gente”⁴¹. En general puede decirse que lo decisivo para el derecho no es el error científico en sí sino la causa huma- na del error, por lo que habrá que analizar la conducta del médico en la elaboración del correspondiente diag- nóstico⁴². Es la conducta del profesional -empleo de los medios adecuados- y no tanto los resultados la que justi- ficará la exigencia de responsabilidad. La STS 2ª, 8.6.1994, EDJ 1994/5198 reconoce que “la exigencia de responsabilidad al médico presenta siempre graves difi- cultades porque la ciencia que profesan es inexacta por definición, confluyen en ella factores y variables total- mente imprevisibles que provocan serias dudas sobre la causa determinante del daño, y a ello se añade la neces- aria libertad del médico que nunca debe caer en audacia o aventura”.

Por tanto, el MIR, en cuanto médico que es, puede cometer errores diagnósticos, y el error diagnóstico en el médico residente no tiene por qué conllevar reprobación y consiguiente exigencia de responsabilidad. Así en el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sec. 8ª, 31.12.2001 (EDJ 2001/72213), la médico residente, que realizaba el denominado “servicio de puerta” no percibe la presencia de un hematoma intraparenquimatoso frontal derecho dado que los síntomas en este primer momento eran inespecíficos y no revelaban la auténtica gravedad.

³⁸ HUME, David: *Tratado de la naturaleza humana* (Traducción, intro- ducción y notas de Félix Duque), Orbis, Barcelona, 1984, T. I, p. 78.

³⁹ JORGE BARREIRO, Agustín: “Derecho a la información y el con- sentimiento informado”, en *Los derechos de los usuarios de los servi- cios sanitarios*, IV Congreso Derecho y Salud, Asociación Juristas de la Salud, San Sebastián 15-17 nov. 1995, Servicio Central de Publicacio- nes del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 1996, p. 171.

⁴⁰ FEIJOO, Benito Jerónimo: *Sobre la ignorancia de las causas de las enfermedades, Cartas Eruditas y curiosas, T. I, Carta XL*, en *Textos sobre cuestiones de Medicina (1726-1860)*, Fundación Gustavo Bueno, Pentalfa, Oviedo, 1999, p. 277.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Libertad de diagnóstico, trata- miento y prescripción versus responsabilidad*, en *La ordenación de las profesiones sanitarias*, Ponencias al V Congreso “Derecho y Salud”, Asociación Juristas de la Salud, Lanzarote, octubre 1996, Las Palmas, 1998, pp. 133-134.

⁴² FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *La responsabilidad civil sanita- ria (Médica y de Enfermería)*, La Ley, Madrid, 1995, pp. 80 y 85.

La prudencia fue la regla seguida por esta Doctora al dejar a la paciente en observación. Tal es también el caso de la SAP Málaga, sec. 4ª, 18.3.2000, (EDJ 2000/18178) se absuelve al médico residente que ante la “falta de signos y síntomas relacionados con la cardiopa- tía isquémica” no mandó realizar ni electrocardiograma ni estudio enzimático alguno. Y ello aunque el paciente falleciera de un infarto agudo de miocardio. A la vista de la prueba práctica, fundamentalmente pericial para estos efectos, “la asistencia prestada... así como la prescripción fueron correctas y adecuadas al cuadro diagnosticado de contractura de la musculatura paraespinal”. A pesar de que dos informes médicos presentados con la demanda afirman que hubiera sido preciso que en el primer ingreso se hubiera practicado un electrocardiograma, lo cierto es que otro informe pericial -en este caso de un Catedrático de Medicina Legal y Toxicología- se afirma que el cua- dro clínico que presentaba el paciente en el primer ingre- so no era típico de infarto agudo de miocardio, siendo en consecuencia la asistencia médica prestada correcta. Este juicio unido al de un médico especialista en cirugía car- diovascular que indica que según los datos obrantes en la historia clínica la asistencia médica prestada al paciente es correcta respecto de las exploraciones efectuadas y los medios empleados para determinar el diagnóstico y la falta de signos y síntomas relacionados con la cardiopatía isquémica. En definitiva, se considera que el residente sí actuó con la debida diligencia, desestimándose en conse- cuencia la demanda contra él interpuesta.

No obstante lo anterior, bien es cierto que “cuando un médico actúa con la cualificación de ser especialista en algo, le pueden ser exigidos conocimientos superiores que a otro no especialista”⁴³. De ahí precisamente que puede concurrir un actuar culposo cuando quien care- ciendo de suficiente formación se aventura en campos o procedimientos que le son extraños o respecto de los que carece, al menos, un adecuado dominio. La STS 2ª, 8.6.1994, EDJ 1994/5198 considera que: “La profesión en sí misma no constituyen en materia de imprudencia un elemento agravatorio ni cualificativo -no quita ni pone imprudencia se ha dicho-, pero si puede influir, y de hechos influyen para determinar no pocas veces la culpa o para graduar su intensidad”.

⁴³ CARRASCO GÓMEZ, Juan José: *Responsabilidad médica y Psi- quiatría*, Colex, Madrid, 1990, p. 56. E insiste: “Las exigencias en este terreno serán como en los otros casos las necesarias para cubrir los mínimos irrenunciables y distintos para casos de especialistas donde las exigencias deberán ser mayores, en función de su cualificación, que para un médico generalista”, p. 57.

4.2.- La responsabilidad patrimonial por negligencias graves.

Antes en el ámbito civil -autónomo y desligado de cualquier procedimiento penal- y hoy en el administrativo por vía de regreso, el MIR de una institución pública puede afrontar una responsabilidad que se traduce en el exclusivo resarcimiento patrimonial de los daños producidos. Como antes se indicó, vedada la vía civil -por morde la Ley 4/1999- solo perdura la vía de regreso. A ella voy referirme sin ocultar que utilizaré sin mayor inconveniente resultados jurisprudenciales civiles. La razón es obvia, a la hora de determinar el grado de culpa son las categorías civiles las construcciones doctrinales y jurisprudenciales de referencia.

En primer lugar parece pertinente recordar algunas cuestiones en torno al concepto de la culpa médica:

- Hoy en día sigue latente el concepto de culpa que ya enunciara el Tribunal Supremo en su Sentencia de 12 de enero de 1928: “La culpa en derecho civil [en nuestro caso trasladable al ámbito administrativo] es la infracción de la ley, cometida libremente y sin malicia, por alguna causa que se pueda y se deba evitar”. Por tanto nos referiríamos a la actuación de un MIR (o a un tutor) que actúa sin intencionalidad, aunque culposamente -SSTS 1ª, 7.6.1994, Az. 4897; 22.7.1994, Az. 6581 y 10.10.1994, Az. 7575-. Y “para calificar como culposa una conducta no sólo ha de atenderse a la diligencia exigible según las circunstancias de personas, tiempo y lugar, sino además al sector del tráfico o de la vida social, en que la conducta se proyecte” (STS 1ª, 5.3.1982, Az. 1286).

- El parámetro civil de culpa se centra en la “diligencia de un buen padre de familia” como medida standard del cuidado exigible para no incurrir en responsabilidad, pero cuando se trata de valorar la correcta actuación médica la noción de culpa viene dada por la comparación con un tipo medio de referencia similar al concepto de buen padre de familia especificado por la cualidad de médico; es decir, la condición de médico impone una especial diligencia⁴⁴. Parece oportuno pues aplicar otro plus de especificidad, de especial diligencia, en el caso del MIR que aún no está capacitado para actuar plena-

mente como médico especialista. Al fin y al cabo, si en la culpa médica “la diligencia y pericia normales de un médico, a los efectos de su posible responsabilidad, deberán ser apreciados según el nivel medio de su profesión”⁴⁵ este hecho ha de ser tenido en cuenta si tenemos en consideración la desproporción existente entre la formación/capacitación de un especialista respecto a quien aún no lo es.

Indicar que en este tipo de responsabilidad no son infrecuentes las culpas compartidas -de especialista y de MIR-. Al respecto señala De Lorenzo y Montero: “la responsabilidad tanto puede provenir de la extralimitación del residente por acometer tratamientos para los que no está adecuadamente preparado o sin la presencia, supervisión y control del jefe clínico, como por el defectuoso cumplimiento de sus especiales funciones docentes por parte de este”⁴⁶. Desde el campo médico Calcedo Barba, que parte de que el MIR puede realizar cualquier tipo de acto médico, afirma que: “se le pueden exigir las mismas responsabilidades que a cualquier otro profesional de la Medicina independientemente de si tiene la especialización o no”⁴⁷. En parte esto sería admisible ya que el actuar culposamente puede darse tanto en el especialista como en el MIR aún no especialista. Y es admisible siempre que entendamos que el MIR actúa culposamente cuando conector de su falta de preparación aborda intervenciones, toma decisiones o prescribe tratamientos inadecuados a su grado de formación. Es decir, en el MIR determinadas actuaciones, sin la debida prudencia, habida cuenta del grado aún imperfecto de sus conocimientos, puede derivar en responsabilidad. Por tanto, la prudencia es exigible al médico residente, precisamente por no ser médico especialista; así nos lo recuerda la SAP Asturias, sec. 6ª, 9.5.2000, EDJ 2000/20935, en un caso de práctica psiquiátrica y en el que se describe un correcto proceder del residente de primer año que localiza al psiquiatra adjunto, quien es el que toma la decisión de ingreso en la planta asistencial de esta especialidad médica.

Por su parte Llamas defiende un desplazamiento de la responsabilidad civil en los términos siguientes: “salvo

⁴⁴ LLAMAS POMBO, Eugenio: *op. cit.*, p. 59 y FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, *op. cit.*, p. 81.

⁴⁵ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁶ DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo: “La responsabilidad del médico”, *op. cit.*, p. 105.

⁴⁷ CALCEDO BARBA, Alfredo: *La responsabilidad del residente en Psiquiatría: manejo de las situaciones con riesgo de demanda*, II Congreso Nacional de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Alicante, 1994, p. 190.

en supuestos de evidente negligencia personal del ayudante -así se considera a estos estudiantes-, que cualquier médico sin ninguna experiencia hubiese podido evitar, parece lógico hacer recaer la responsabilidad sobre el médico que tenga encomendada su formación científica”⁴⁸.

Este desplazamiento de la responsabilidad puede fundamentarse en dos siguientes argumentos, según sea la modalidad contractual de que en cada caso se trate⁴⁹:

- El paciente contrata con el médico y no con su ayudante “y aquél debe responder de la actividad de sus colaboradores”.

- El paciente contrata con una institución que admite postgrados, por lo que “es ella la que ha de responder de los actos culposos ejecutados por dichos ayudantes” (así se ha manifestado la jurisprudencia alemana, S. 27.9.1983, N.J.W. 1984, 655).

Insiste Llamas⁵⁰ en que “sólo en el caso de que se demuestra una *culpa lata* o negligencia grave en la actuación del médico en período de formación, debe asumir la responsabilidad el médico que lo admitió en una institución privada o en su clínica, o la institución pública, sin perjuicio de que por aplicación del art. 1904 Código Civil, el médico ‘veterano’ puede repetir contra el ‘recluta’, si éste incurrió en negligencia o culpa grave, y a su vez, la institución sanitaria puede repetir contra el médico experimentado, si éste incurrió en culpa *in eligendo* o *in vigilando*”.

Esta exposición de Llamas -téngase en cuenta que su monografía es considerablemente anterior a la Ley 4/1999- precisa de su trasposición al campo sanitario público. Aquí no hay “contrato” propiamente dicho entre el hospital y el usuario del servicio sanitario. Y aquí es la institución y no un médico especialista determinado con la que el MIR está relacionado -con un vínculo laboral, como sabemos-. Por tanto tendremos que⁵¹:

- En el caso de instituciones públicas los particulares exigirán directamente a la Administración pública correspondiente las indemnizaciones por los daños y perjuicios por “culpa institucional” (disfunciones, desorganización...) (139.1 LRJPAC) y también por los causados por las autoridades y personales a su servicio (145.1 LRJPAC). Obviamente que el MIR es un personal al servicio de la Administración sanitaria. A estas alturas no podemos dudar de tal condición, desde el momento en que, como hemos reiterado en repetidas ocasiones, junto al plano formativo exista una auténtica prestación asistencial: el MIR está incardinado en el operativo asistencial de la institución en la que se forma.

- En segundo lugar, recordar que al contrario de lo que sucedía en la situación anterior en la que el ejercicio de la acción civil posibilitaba la exigencia de responsabilidad por culpa leve, en la actualidad ya no cabe que el sanitario responda en vía de regreso por culpa leve⁵²; solamente podrá exigirsele responsabilidad por culpa grave. Los términos del vigente art. 145.2 LRJPAC (en redacción dada por Ley 4/1999) no dejan lugar a dudas: “La Administración correspondiente, cuando hubiere indemnizado a los lesionados, exigirá de oficio de sus autoridades y demás personal a su servicio la responsabilidad en que hubieran incurrido por dolo, o culpa o negligencia graves, previa instrucción del procedimiento que reglamentariamente se establezca”.

Veamos algunos ejemplos, que aunque entresacados de la jurisdicción civil, nos aportan criterios de enjuiciamiento básicamente trasladables al ámbito de la responsabilidad del MIR que presta sus servicios en una institución pública.

Particular repercusión tuvo en los medios informativos⁵³ y profesionales (particularmente en el colectivo MIR) la STS 1ª 30.12.1999 (EDJ 1999/39950), de la que fue Ponente José Almagro Nosete. Como se recordará, los hechos juzgados fueron, en esencia, los siguientes. Una niña de 6 años fue ingresada en el Servicio de Ur-

⁴⁸ LLAMAS POMBO, Eugenio: *op. cit.*, p. 345. Apoyan esta postura: DE LA QUINTANA FERGUSON, M.: *La responsabilidad civil del médico*, Madrid, 1949, p. 158 y FERNÁNDEZ HIERRO, J.M.: *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 168. Ambos citados por LLAMAS POMBO, Eugenio: *op. cit.*, p. 345. Al propio tiempo debe tenerse en cuenta que el tutor es remunerado en calidad de tal (“complemento de docencia”); PANIZA FULLANA, Antonia: *op. cit.*, p. 4.

⁴⁹ LLAMAS POMBO, Eugenio: *op. cit.*, p. 345.

⁵⁰ LLAMAS POMBO, Eugenio: *op. cit.*, p. 346.

⁵¹ Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria Cfr. por ejemplo: VILLAR ROJAS, Francisco José: *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: Fundamento y Límites*, Praxis,

Barcelona, 1996; CUETO PÉREZ, Miriam: *Responsabilidad de la Administración en la asistencia sanitaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997; MIR PUIGPELAT, Oriol: *La responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria. Organización, imputación y causalidad*, Civitas, Madrid, 2000.

⁵² Sobre la acción de regreso Cfr. por ejemplo: BARCELONA LLOP, Javier: *La acción de regreso en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, REDA, núm. 105, ene.-mar. 2000, pp. 37-57; MARTÍN REBOLLO, Luis: *La acción de regreso contra los profesionales sanitarios (Algunas reflexiones sobre la responsabilidad personal de los empleados públicos)*, Derecho y Salud, Vol. 9, núm. 1, Ene.-Jun. 2001, pp. 9-20.

⁵³ Así *Diario Médico* en sus ediciones del 19.1.2000 y 10.2.2000.

gencias de la Ciudad Sanitaria "La Fe" de Valencia, remitida por su pediatra habitual por presentar un cuadro de dolores abdominales con vómitos y elevada fiebre y probable pronóstico de apendicitis. El Médico adjunto "sin a agotar los medios exploratorios (realización de placas y exploración por cirujanos) descartó 'apendicitis', y dejó a la Médico interna residente Dra.C.P.M. a cargo de la menor, sin supervisión personal y directa, a tal punto que fue ella y no el Médico adjunto quien dio el alta a la menor A.I.C" (FJ 4º). Dos días después, y a la vista de la agravación de su estado, la niña sería nuevamente ingresada aunque ya nada pudo hacerse por salvar su vida (tenía apéndice perforada y peritonitis, sufriendo una parada cardíaca se secundaria de un proceso séptico de origen abdominal). Se considera, por tanto, que "la médico residente Dra. P., voluntaria y conscientemente se extralimitó en sus funciones y actuó como si se tratara de un Médico Adjunto a pesar de su inexperiencia en la especialidad en la que era simple "educando"". Se concluye en consecuencia -FJ 6º- que: "Las conductas personales descritas en el fundamento antecedente, suponen actuaciones que justifican el nexo causal con el resultado dañoso, imputables a culpa de los médicos referidos por sus negligencias omisivas y actos contrarios a la "lex artis", por alta prematura no aconsejable, coincidente con la agravación del proceso infeccioso, que, finalmente, produjo la muerte de la niña con infracción del artículo 1101 del Código Civil". Se condena, por tanto, al médico adjunto -que no agota los medios exploratorios y omite su "supervisión personal y directa"- y a la residente -que "se extralimitó en sus funciones".

En la SAP Madrid, Sec. 14ª (Civil) 23.5.1998, EDJ 1998/26867 tenemos un buen ejemplo de responsabilidad médica del especialista -en este caso de anestesiología- por delegar indebidamente en un médico interno residente, el cual en el curso de la entubación ocasionó desgarró traqueal y parálisis de la cuerda vocal izquierda:

"La responsabilidad civil médica es evidente en este caso, donde el médico anestesista, Doctor D. José Ignacio ha incumplido la obligación general de prestar asistencia facultativa con la debida diligencia, puesto que siendo consciente de la complejidad que esta paciente presentaba ya que había sido operada anteriormente de vértebras cervicales y no era aconsejable la anestesia epidural (local-regional) como ya manifiesta en la contestación a la demanda, por lo que, dado la naturaleza de la operación la única forma posible era una anestesia general entubándola onotraquealmente. Entubación efectuada, bajo

la dirección y responsabilidad del Doctor D. José Ignacio, una médico residente de cuarto curso (Dª Paloma), no ejerciendo el Doctor D. José Ignacio diligentemente la actividad médica desde el momento en que delegó en su ayudante (Residente de cuarto curso) la parte más compleja de la operación de anestesia; donde se desata la necesidad de un estricto cuidado al realizar la entubación, siendo necesario una especialización técnica en la materia. Esta delegación de facultades determina por sí una falta de diligencia, sin que el demandado haya probado el agotamiento de su diligencia en el uso de un medio que se considera peligroso".

Y es que, en el caso concreto de

"esta especialidad médica no es propiamente curativa del enfermo, sí conlleva un elevado factor de riesgo, por ello, la Jurisprudencia se fija en la falta de precauciones que como "lex artis ad hoc" debe de emplearse en el ejercicio de esta especialidad. Falta de precaución que en el caso de autos se acentúa si tenemos en cuenta la patología cervical de la paciente que pudo suponer como así manifiesta el médico forense una dificultad añadida para realizar la retroflexión de la cabeza, con los consiguientes problemas al entubar. Razón por lo que no parece diligente que el médico especialista encargado de la operación de anestesia dejare que la entubación fuera realizada por la médico residente, "no lográndose la perfecta ventilación sino hasta la cuarta vez que se intentó, estando hasta entonces la paciente con ventilación manual; que al conectar el respirador para ventilarla de forma mecánica, al tercer o cuarto movimiento, se produjo por interpresión intrapulmonar y el estomago se llenó de aire, por lo que se volvió a pasar a la respiración manual, sin observarse en ese momento lesión alguna de las cuerdas vocales". Junto a ello nos encontramos con el informe médico forense y el trabajo publicado en la Revista Española de Anestesiología y Reanimación de 1.991 con el núm. 338, pag. 51 y 54 y que obra en autos que nos viene a decir que una correcta entubación, no tiene que producir desgarró, haciendo referencia el mencionado trabajo al carácter tan excepcional; (sobre un total de 48.000 pacientes, fue de un 0i4/1000 roturas traqueales de origen anestésico...) salvo que concurra algún tipo de anomalía, reacción orgánica en el paciente o causa externa... que en ningún caso ha quedado probado en autos, y que hubiera deter-

minado la exención de responsabilidad del especialista en anestesiólogo.

Datos relevantes, que permiten inferir, según las reglas del criterio humano, la existencia de anomalías o deficiencias asistenciales que sirven de base para establecer la responsabilidad facultativa”.

Por supuesto que cabe que no exista responsabilidad de los profesionales, pero se aprecie responsabilidad institucional. Es el caso de la SAP Asturias, Sec. 6ª (Civil) 9.5.2000, EDJ 2000/20935, se desestima la responsabilidad médica, pero se aprecia la institucional. En el caso del suicidio de un paciente recién ingresado en una unidad psiquiátrica hospitalaria “se constata una deficiente organización del servicio, con ausencia de medios personales y materiales suficientes para prestar un atención personalizada a enfermos de tal clase. Personales, pues carecía, por un lado, de un especialista que, mediante la observación directa (y no telefónica) del paciente, adoptara las medidas impeditivas suficientes para evitar que se produzca lo que el propio enfermo intentará de forma reiterada, según se dijo, incluso para determinar la posible duración de los efectos sedativos de la medicación suministrada, habida cuenta que la habitualidad en el uso de fármacos (el paciente había tenido un dependencia a la heroína) la disminuye notablemente; y, por otro, también de personal auxiliar bastante para una observación directa. Y, finalmente, también de medios materiales, pues está acreditado (escrito de contestación a la demanda del referido Hospital) que no existían habitaciones acondicionadas para impedir la autolesión, normales por otro lado en centros que pretender atender a los repetidos enfermos. El dato de que, ocurrido el accidente, se procedió a una reforma en profundidad de la planta de psiquiatría, evidencia la falta de medios adecuados para impedir lo que fatalmente se produjo”.

En estos casos estamos en presencia de una responsabilidad de carácter objetivo, como se encarga de recordarnos la STS 1ª, 30.12.1999, EDJ 1999/39950: “Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando “por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, “hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el “servicio sanitario”, entre otros”.

Aunque tampoco falten ocasiones en las que la responsabilidad institucional se solapa con la personal de los profesionales. Así en la STS 1ª, 30.12.1999, EDJ 1999/39950 se reconoce la responsabilidad solidaria del INSALUD: “El Insalud y, posteriormente, Servasa, como continuador de la personalidad de aquel por razón de la transferencia competencial son responsables de los actos de su personal médico dependiente, permitiendo, incluso, que la Dra. Carmen, Médico Interno residente, que no tenía, por tanto, facultades para prestar labores asistenciales sin supervisión directa, diese el “alta médica” a una paciente que presentaba síntomas de apendicitis, sin agotar todos los medios exploratorios que aconsejaba la “lex artis” de la especialidad; enviándola a casa donde el cuadro infeccioso se complicó y agravó, produciendo una peritonitis que culminó en el fatal desenlace”.

A la vista de los ejemplos relatados puede constatar-se la riqueza de supuestos de responsabilidad: desde la concurrente de médico especialista y residente, hasta la exclusiva del especialista por indebida delegación de funciones, o la institucional sin concurrencia de personal, la solidaria de la institución por culpa personal o, en fin, a la culpa exclusiva del residente.

4.3.- Las imprudencias.

La responsabilidad criminal del médico se mueve, por lo general, en el ámbito de la imprudencia⁵⁴, lo cual parece obvio ya que los delitos dolosos son difíciles de imaginar en el ámbito de nuestro estudio. A su vez dentro del capítulo de las imprudencias las más frecuentes serán las que se cometan de forma omisiva (homicidio o lesiones por imprudencia). Tradicionalmente predominó la concepción psicológica de la imprudencia, encuadrándose la misma dentro de la culpabilidad que venía a entenderse como el nexo psíquico de unión entre sujeto y objeto, nexo menos intenso en la forma imprudente de delito que en la forma dolosa. Pero hoy en día predomina una concepción normativa que habla ya no de conexión psicológica sino de reproche por la infracción de una norma de cuidado⁵⁵.

⁵⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco: *Derecho Penal, Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 8ª edic., 1990, p. 107.

⁵⁵ Cfr. GRATACÓS GÓMEZ, Nuria: “La imprudencia en el nuevo Código Penal. Especial referencia de la imprudencia profesional y la inhabilitación especial para el ejercicio de una profesión, oficio o cargo”, *Derecho y Salud*, Vol. 5, núm. 1, ene.-jun. 1997.

Por tanto, la infracción del deber de cuidado constituye el núcleo mismo de la imprudencia⁵⁶. Este deber de cuidado tiene a juicio de Jescheck dos manifestaciones: a) un cuidado interno (posibilidad de advertir la existencia de un peligro) y b) un cuidado externo (deber de realizar un comportamiento externo correcto)⁵⁷. O dicho en otros términos, el contenido de ese deber objetivo de cuidado se determina por un doble criterio: a) intelectual (consideración de todos los efectos de la acción que sean previsibles mediante un juicio objetivo inteligente) y b) normativo (solo será contrario al cuidado debido el peligro que exceda de lo normal en el tráfico, de lo socialmente adecuado)⁵⁸.

Identificado así el deber objetivo de cuidado será necesario averiguar qué fundamentos jurídicos puede tener y básicamente en lo referido al cuidado externo es decir, al aspecto normativo. Jescheck⁵⁹ identifica las siguientes fuentes:

- La ley.
- Los reglamentos de policía o empresa.
- Las *reglas generales de cuidado*, que la Jurisprudencia ha elaborado o asumido para determinadas actividades o profesiones (así la *lex artis* médica).
- La experiencia vida.

Es fácil entonces descubrir las fuentes del deber de cuidado externo del MIR: la ley (en sentido amplio inclusiva de los reglamentos) remite, entre otros, pero principalmente, al RD 127/1984, 11 de enero en el que se identifican claramente datos de cuidado externo: programación y supervisión y progresiva asunción de conocimientos y responsabilidades; los reglamentos de policía o empresa que, en nuestro caso, remiten a los planes de formación y a las instrucciones del servicio hospitalario; reglas generales de cuidado materializadas en la *lex artis* y en la elaboración jurisprudencial de dicho concepto; y, en fin, la experiencia de la vida que, entre otras, invoca la prudencia a la hora de actuar no asumiendo, por ejemplo, tareas para las que no nos sentimos capacitados.

⁵⁶ CORDOBA RODA, Joan: "Configuración de la imprudencia en el ámbito sanitario en el nuevo Código Penal", *Derecho y Salud*, Vol. 4, núm. 2, Jul.-Dic. 1996, p. 142.

⁵⁷ JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. 2º, Bosch, Barcelona, 1981, p. 796.

⁵⁸ WELZEL, H.: *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista* (Trad. J. Cerezo Mir), 1964, p. 71.

⁵⁹ JESCHECK, Hans-Heinrich: *op. cit.*, p. 796.

Obviamente, la noción de deber de cuidado ha de concretarse en cada supuesto (según la *lex artis ad hoc*), pues habrá de estarse a la "determinada situación real" en que se aplican los conocimientos científicos (médicos).

Pues bien, definidos los términos de las imprudencias médicas, veamos a continuación las manifestaciones de las mismas en sede penal y en referencia a actuaciones profesionales de médicos residentes.

Ante todo indicar que en los delitos de imprudencia no es lo mismo la posición de quien ya es especialista de quien aún se encuentra en período de formación (MIR). La SAP Navarra, sec. 1ª, 13.5.1998, EDJ 1998/11184, reconoce que la posición de garante y el deber de actuar de un Médico Residente no es el mismo que el que corresponde a un médico especialista. La asistencia del primero es una "actividad totalmente supervisada". Por tanto "la responsabilidad en el caso de autos, no puede ser la misma, de quien encontrándose en periodo de formación para obtener una especialidad, (medicina familiar) presta asistencia, de quien debe prestarla por tener dicha formación y prestar servicio propio de urgencia o guardia como médico adjunto". En este caso no se aprecia que el MIR tuviera una "posición de garante y un deber de actuar propio e independiente, del que pudiera responder, cuando tratándose de la prestación de una determinada diligencia profesional, necesario es disponer de toda la formación profesional técnica, por haber acabado y finalizado aquella, para poder apreciar si no observa un deber de actuar profesional, capacitación profesional que no había acabado", mientras que el Adjunto "era quien por su titulación y servicio profesional que prestaba, tenía una posición de garante, al tener una obligación de prestar servicios médicos adecuados a la paciente que ingreso en el servicio de urgencia".

Como señala Jorge Barreiro: "la asistencia sanitaria que prestan los médicos residentes es una asistencia tutelada, es decir, controlada y supervisada por el superior jerárquico (médico especialista). Por lo tanto, las relaciones entre el médico residente y el especialista (superior jerárquico) se corresponde a la modalidad de división del trabajo médico vertical"⁶⁰. En consecuencia, "el médico superior jerárquico, si no cumple con sus deberes de instrucción, control y supervisión, podrá ser penalmente responsable de las imprudencias en las que pueda incurrir

⁶⁰ JORGE BARREIRO, Agustín: La imprudencia profesional del médico en el nuevo Código Penal español de 1995, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, p. 140.

el médico Residente”⁶¹. Habrá que determinar en cada caso sobre quien recae la responsabilidad:

a) El Médico adjunto, Jefe de Sección o Jefe del Servicio podría incurrir en responsabilidad penal (por imprudencia) si incumple sus deberes de instrucción, control y supervisión⁶². Se han hecho *supra* abundantes referencias a la necesidad de supervisión. Es claro que la falta de supervisión puede hacer incurrir en una doble responsabilidad:

- Del Titular que debiendo revisar no lo hace. Es el caso de que trata, por ejemplo la STS, 1ª, 25.11.1993: “se infiere que al no examinar dicho médico adjunto la radiografía y quedar conforme con el resultado no significativo que se le dio a conocer por el médico residente y por tanto de inferior categoría profesional que aquél tiene obligación de revisar”.

- Del MIR que debiendo ser revisado no se somete a revisión.

Las consecuencias en cualquiera de estos casos son obvias: la responsabilidad de uno u otro o de ambos a la vez. Siempre debe tenerse en cuenta, como señala Calcedo Barba que: “El Médico Interno Residente (MIR) va a ser considerado personal del hospital y que realiza una labor asistencial regulada por un contrato laboral por la que recibe el salario correspondiente. En este nuevo marco se entiende que la actividad clínica que desempeña un MIR es supervisada. Es decir, que en todo momento debe existir un médico especialista que oriente al MIR respecto a las decisiones a tomar. En estos casos se entiende que el médico especialista es la persona que asume la responsabilidad de todas las decisiones y actos clínicos realizados por el MIR bajo su supervisión”⁶³.

O como señala De Lorenzo y Montero: “Con respecto a la responsabilidad de éste, debe partirse de su carácter de especialista en formación, que actúa profesionalmente en virtud de contrato de trabajo especial bajo la dependencia, pero también bajo la supervisión y control del jefe clínico”. En realidad, corresponde al propio MIR

determinar la necesidad de supervisión de buena parte de sus actuaciones, y al respecto señala Calcedo Barba como “depende exclusivamente de su criterio definir los casos o situaciones en los que precisa o no supervisión”.

Hasta aquí la teoría. La práctica sin embargo nos confirma que la supervisión no tiene lugar en tantas ocasiones como tal vez debiera. Ello se justifica, en palabras de Calcedo Barba: “en una situación de gran demanda asistencial la calidad de la supervisión que, en teoría es obligatoria en estos centros se ve mermada en gran medida”⁶⁴.

La supervisión, por otro lado, desplaza la responsabilidad cuando el médico especialista asume el caso. Será en principio entonces quien responda, sin perjuicio de que en el MIR hubiera podido concurrir con carácter previo, coetáneo o posterior un actuar imprudente. El MIR, en caso de duda ha de consultar al especialista. A ello se refiere la SAP Huelva, sec. 2ª, 26.1.2000, EDJ 2000/2067, justifica la apreciación de una falta de simple imprudencia, sin infracción de reglamentos, con resultado de muerte, del art. 586 bis CP de 1973, vigente en la fecha de los hechos, siendo de más favorable aplicación el actual art. 621.2 CP por imponer pena de multa de cuantía inferior, en el caso del cirujano del servicio de cirugía vascular que incurre en error diagnóstico al “confiar únicamente en la apreciación directa como juicio clínico”, no utilizando las pruebas complementarias que estaban a su alcance propició un fatal desenlace (por tromboflebitis que ocasiona el fallecimiento de un joven tras un traumatismo en un partido de baloncesto). Los hechos, en esencia, fueron los siguientes: tras sufrir una torcedura de tobillo jugando al baloncesto un joven acude al servicio de urgencias donde el médico de guardia emite un informe considerando la posible existencia de una tromboflebitis, y remitiéndolo al traumatólogo. Este lo deriva a su vez al Servicio de Cirugía Vascular. El paciente fue atendido por el médico interno residente de guardia que descarta la posible tromboflebitis, no obstante lo cual consulta con el Cirujano General de Guardia y el Generalista de guardia, los cuales rechazan asimismo la posible existencia de trombosis venosa profunda y no considerando necesario que se procediera al examen por un Cirujano Vascular. Días después el paciente ingresa en el servicio de urgencias con un tromboembolismo pulmonar masivo., falleciendo a las 48 horas. La sentencia considera que “de haberse realizado las pruebas analíticas al alcance del Servicio de Cirugía Vascular al que fue derivado, se habría llegado a un diagnóstico adecua-

⁶¹ JORGE BARREIRO, Agustín: *Nuevos aspectos de la imprudencia jurídico-penal en la actividad médica: la culpa en el equipo médico-quirúrgico*, Actas del Seminario conjunto sobre la Responsabilidad del personal sanitario celebrado en Madrid los días 14-16 noviembre de 1994, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, 1995, pp. 383-384.

⁶² JORGE BARREIRO, Agustín: *La imprudencia profesional del médico*, *op. cit.*, p. 140.

⁶³ CALCEDO BARBA, Alfredo: *op. cit.*, p. 190.

⁶⁴ CALCEDO BARBA, Alfredo: *op. cit.*, pp. 196-197.

do, con instauración del tratamiento correcto para la curación, con alto porcentaje de posibilidad de ésta. El confiar en la apreciación clínica, sin contraste con pruebas técnicas de fácil realización, en un caso que venía anunciado por Facultativo especialista de posible tromboflebitis -y ya sabemos su difícil apreciación clínica- constituyen imprevisión y ausencia de cautelas profesionales que por tener carácter leve deben calificarse como falta de simple imprudencia, sin infracción de reglamentos, con resultado de muerte, del art. 586 bis CP de 1973, vigente en la fecha de los hechos". Y de tal infracción, sigue afirmando la resolución condenatoria, es autor exclusivamente el Cirujano General de Guardia "con el que consultó el Médico Interno Residente de Guardia Juan Manuel, al que tenía "tutorizado"; éste vio así confirmada su impresión clínica por el Facultativo al que debía consultar, conforme protocolo de actuación en el Hospital. A partir de entonces declina toda responsabilidad, pues no se comprende de otra forma esta necesaria consulta, si no fuera para despejar las dudas e inseguridades que se le puedan presentar como Médico aun en periodo de formación, trascendiendo por lo mismo de lo puramente administrativo, naturaleza de la relación que se alega por el interesado. El Médico Interno Residente confió en el superior criterio del Doctor Francisco Javier, que "llevaba la voz cantante" de los tres médicos presentes, según apreció Concepción y así se recoge en acta de juicio. El mismo reconoce ser responsable del Servicio y "decir la última palabra"

En el MIR actuante, primero que atendió al paciente no se aprecia responsabilidad alguna ya que: estaba "tutorizado" y consultó -tal como debía según el protocolo de actuación hospitalaria- con el responsable del servicio que luego resultaría condenado. El MIR, en definitiva, se dice no hizo sino "despejar las dudas e inseguridades que se le puedan presentar como Médico aún en periodo de formación". Por tanto, cuando se produce una derivación del paciente a un médico especialista, el médico interno residente, en principio, queda exento de la responsabilidad que se desplaza al especialista. Es el supuesto, por ejemplo, aunque en sede civil, de la SAP Asturias, Sec. 6ª (Civil) 9.5.2000, EDJ 2000/20935 trata de un caso en el que desestimando que pueda concurrir responsabilidad alguna del personal sanitarios (enfermeras y médicos, entre estos últimos un MIR de servicio en urgencias) aprecia, por el contrario, la responsabilidad del centro hospitalario) en un supuesto de suicidio del paciente ingresado. El MIR -residente de primer grado- se encontraba de guardia en dicho servicio de urgencias, y al lle-

gar el paciente psiquiátrico contactó con el médico psiquiatra "de segunda llamada" que aunque estaba ausente del Hospital ordenó el ingreso en la unidad de psiquiatría. Tal derivación le exime de responsabilidad. En efecto, la actuación del MIR se considera intachable: "En cuanto al médico de urgencias, no está acreditado que fuera especialista en psiquiatría, además de que por ser residente de primer año precisaba de la atención o supervisión superior, lo que efectivamente observó al llamar por teléfono al psiquiatra encargado en tales momentos del servicio de psiquiatría, que fue el que aconsejó el internamiento. Carece de sentido imputarle el no haber examinado al fallecido, habida cuenta que se encontraba dormido profundamente según lo revela expresamente la historia clínica, que igualmente pone de manifiesto que los datos del enfermo los obtuvo de su madre, la actora. Por otro lado, como no era especialista en psiquiatría, no prescribió medida específica alguna, habida cuenta el estado de sedación en que se encontraba dicho enfermo, sino que se puso en contacto con el psiquiatra "de 2ª llamada", que fue el que ordenó el ingreso en la planta de dicha especialidad. Tampoco podía autorizar la permanencia de la madre en el centro hospitalario, no sólo porque estaba prohibido expresamente, sino porque médicamente no resulta aconsejable".

b) El M.I.R. puede responder penalmente si, por ejemplo, decidiera por sí mismo sin avisar al Jefe del Servicio o superior. Estaríamos así en un caso de "imprudencia por asunción", es decir, de asunción descuidada de un cometido para el que no se está autorizado ni preparado. Tal es el caso que resuelve la STS, 2ª, 28.12.1990, EDJ 90/12099: "En los hechos probados se recoge que el procesado, adscrito al servicio de anestesia y reanimación, estaba obligado a avisar al médico del "staff" o especialista anestesista para realizar la operación, decidiendo intervenir por sí solo. Con la presencia y pericia de aquél se hubiera evitado el resultado lesivo. Surgido el "espasmo de glotis" con una grave insuficiencia respiratoria, el procesado "no logró hacer frente adecuadamente a la complicación y no consiguió intubarla -a la paciente-, a pesar de haberlo intentado repetidamente, hasta que ya con la enferma en estado de inconsciencia, pudo finalmente serlo por el ATS". El resultado lesivo era evitable como pone de manifiesto el hecho de que un ATS, profesional de menor cualificación que el procesado, consiguió intubar a la paciente, patentizándose la ineptitud del recurrente para la prestación del servicio que indebidamente asumió". En estos casos, en los que el médico residente decide, por sí mismo, asumir indebidamente un cometido

para el que no estaba preparado ni autorizado se puede hablar de “culpa por asunción”⁶⁵.

La SAP Barcelona, Sec. 8ª (Penal) 31.12.2001, EDJ 2001/72213 considera intachable y diligente la conducta de la MIR actuante con independencia del lamentable desenlace producido, ya que:

“De la instrucción practicada resulta que la denunciante fue atendida en el Servicio de Urgencias del "Hospital C." de Barcelona sobre las 23.26 horas, al que había acudido con síntomas de cefalea y nauseas. En dicho hospital fue atendida por Dra. Nuria, médico residente, que realizaba el denominado "servicio de puerta", consistente en realizar un primer diagnóstico del enfermo y derivarlo al servicio correspondiente. La doctora no percibió, en atención de los síntomas de la paciente, la presencia de la patología posteriormente revelada, un hematoma intraparenquimatoso frontal derecho, pese a lo cual decidió dejarla en observación. Según la pericial practicada por los Doctores M. y P. (f 153, 156 ratificados al f 165) los síntomas que presentaba la paciente eran, al tiempo de su asistencia, inespecíficos y no revelaban su verdadera gravedad.

Cuando estando la paciente en observación su estado se agravó, la imputada la remitió al servicio de Neurocirugía, que realizó las pruebas diagnósticas que permitieron detectar y tratar el problema. En todo caso, lo que es relevante en este punto señalar es que el retraso en la atención de la paciente denunciado, no fue causa de la eventual tardanza en el tratamiento de la lesión. En efecto ésta no pudo ser detectada en la primera exploración a las 23.26 horas, por lo que tampoco lo hubiera podido ser en una exploración anterior”.

Por supuesto que -tal como ya indicamos- el error diagnóstico no tiene en principio que comportar responsabilidad penal. La doctrina del Tribunal Supremo considera que los simples errores científicos o de diagnóstico no pueden ser objeto de sanción penal, salvo que tuvieran tal magnitud que sean la expresión del apartamiento de lo que hubiera detectado un médico de nivel y preparación similar y con un repertorio de medios a su alcance semejante (SSTS 2ª, 27.5.1988, EDJ 1988/4521; 12.3.1990, EDJ 1990/2719; 4.9.1991, EDJ 1991/8418 y 21.4.1992, EDJ 1992/3882).

Resumiendo el estado de la cuestión la STS 2ª, 5.7.1989 (Pte. Ruiz Vadillo), EDJ 1989/6864 establece que:

“Existe ya un cuerpo de doctrina jurisprudencial extenso y pormenorizado respecto a la llamada imprudencia médica. En este sentido hay que recordar lo siguiente:

1.- Que por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo que por su entidad y dimensiones constituya una equivocación inexcusable.

2.- Queda también fuera del ámbito penal por la misma razón, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

3.- Que la determinación de la responsabilidad médica ha de hacerse en contemplación de las situaciones concretas y específicas sometidas al enjuiciamiento penal huyendo de todo tipo de generalizaciones censurables”.

Doctrina que es de plena aplicación al supuesto de actuaciones profesionales de médicos internos residentes.

Por otro lado indicar, siquiera telegráficamente - pues espero abordar *in extenso* en el futuro esta cuestión- que la ejecución de delitos o faltas obliga a reparar los daños o perjuicios ocasionados (art. 109.1 CP). Al respecto hay que tener en cuenta que:

- Toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente de los daños o perjuicios ocasionados (116.1 CP). La responsabilidad *ex delicto* deriva de los daños causados por la ejecución de un hecho descrito como delito o falta. La diferencia entre ambos hechos radica en el tipo de pena aplicado en cada caso (para delitos graves, penas graves; para delitos menos graves, penas menos graves; y para faltas, penas leves -art. 13 CP).

- El perjudicado por exigir este tipo de responsabilidad en el propio proceso penal (por razones de economía procesal como recuerda la STS, 17.12.1985, Az. 6592) o en proceso autónomo ante la jurisdicción civil (109.2 CP).

- En el caso -más generalizado- de que el MIR preste sus servicios en una institución sanitaria pública debe tenerse en cuenta que la administración sanitaria responde subsidiariamente de los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos cuando sean empleados públicos -y el MIR y el tutor lo serán- (121 CP).

⁶⁵ JESCHECK, H.H.: *op. cit.*, p. 799.

Bien entendido que la duda que surgió inicialmente a la hora de interpretar dicho precepto -que solo alude a “delitos”- está hoy día despejado, ya que el Tribunal Supremo ha reconocido la extensión de esta responsabilidad subsidiaria también a las faltas (STS 11.1.1997, EDJ 1505, 17.1.1997, Az. 1128, y 26.9.1997, EDJ 8668)⁶⁶.

- El sistema español de responsabilidad del personal sanitario produce una curiosa e injustificada a mi entender paradoja, si el perjudicado acciona por vía administrativa habrá de dirigirse directamente contra la Administración (145.1 LRJPAC) y el personal sanitario público solo será responsable en vía de regreso cuando incurra en dolo, culpa o negligencia graves (145.2 LRJPAC); pero, si por el contrario, se exige una responsabilidad penal dicho personal sanitario responderá directamente (116.1 CP) siendo entonces la Administración responsable solo de forma subsidiaria (121 CP). Entiendo que este sistema no es sostenible, y ya con anterioridad a la aprobación de la Ley 30/1992, algunos autores propugnaban la modificación de la regulación de la responsabilidad subsidiaria, optando decididamente por formular una responsabilidad directa de la Administración acompañada de la correspondiente incenti-vación de la acción de regreso, y también con posterioridad se ha mantenido esta posición⁶⁷. Me uno sin reserva alguna a la misma, pues parece a todas luces injusto que el personal sanitario responda o no por un mismo hecho dependiendo exclusivamente del tipo de estrategia procesal (pe-

nal-administrativa) que haya elegido el perjudicado.

4.4.- La responsabilidad corporativa.

El médico interno residente, como médico que es, está sometido a una colegiación obligatoria⁶⁸ y le serán de aplicación las normas deontológicas en vigor⁶⁹. Así se encarga de recordárnoslo el art. 2.1 del Código de Ética y Deontología Médica de 10 de septiembre de 1999. Por tanto deberá respetar bienes y principios tales como: la vida humana, la dignidad de la persona y el cuidado de la salud del individuo (art. 4.1); no discriminar a sus pacientes (art. 4.2); no perjudicar ni intencional ni negligentemente a sus pacientes evitando toda demora injustificada (art. 4.4); prestar ayuda de urgencia a todo enfermo o accidentado (art. 5.1); prestar los cuidados urgentes e inaplazables, aún en caso de huelga (art. 5.3); respetar las convicciones de sus pacientes (art. 8.1); respetar asimismo su intimidad (art. 8.2); respetar el derecho al rechazo total o parcial de pruebas diagnósticas y tratamiento (art. 9.2), y la libertad de los pacientes competentes (art. 9.4); informar al paciente de su enfermedad (art. 10.1); registrar sus actuaciones en la historia clínica (art. 13.1); respetar el secreto médico (arts. 14-15); abstenerse de actuaciones que sobrepasen su capacidad (art. 19).

Nótese que este último deber será en no pocas ocasiones fuente de responsabilidad. El MIR -y he insistido en ello a lo largo de todo este artículo- con independencia de la supervisión de sus actuaciones profesionales, ha de ser consciente de sus propias limitaciones y, como cualquier otro médico, ha de abstenerse de intervenir cuando prudentemente considere que no se encuentra suficientemente capacitado. Obviamente tal apreciación puede hacerse tanto de forma objetiva (intervenciones profesionales que excedan del nivel formativo alcanzado -

⁶⁶ Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.): Manual de Derecho Penal. Parte General, Aranzadi, Pamplona, 1999, pp. 694-696, en especial. PANTALEÓN, F.: Responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas: sobre la jurisdicción competente, REDA, núm. 91, 1996, p. 406 en especial.

⁶⁷ PEDREIRA ANDRADE, A.: Ejercicio de los derechos y reclamaciones de los usuarios, en Jornadas sobre derechos de los pacientes 1990, Insalud, 1992, pp. 699 y ss; MARTÍN REBOLLO, L.: Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad, en Estudios sobre la Constitución Española, “Homenaje al Profesor E. García de Engterría”, Civitas, Madrid, 1992, Vol. III, p 2810; LEGUINA VILLA, J.: La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Tecnos, Madrid, 1993, p. 404; PEMÁN GAVÍN, J.: La responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito sanitario público, Documentación Administrativa, núms. 237-238, 1994, p. 307.

⁶⁸ Art. 35.1 del Real Decreto 1018/1980, 19 mayo, Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales, (BOE, 28.5.1980). En adelante EOMC. Cfr. GIL IBÁÑEZ, José Luis, DOMÍNGUEZ OLIVERA, Rafael y NEBOT LOZANO, Lidón: “Régimen de obligaciones. Planteamiento. La especial sujeción del médico frente al Colegio y la obligación de la colegiación”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Coord.): Manual Jurídico de la Profesión Médica, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 523-553.

⁶⁹ Cfr. en general HERRANZ, Gonzalo: Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica, EUNSA, 3ª edic., Pamplona, 1995 y del mismo autor “El Código de Ética y Deontología médica”, en DE LORENZO Y MONTERO, Ricardo (Coord): Responsabilidad legal del profesional sanitario, Asociación Española de Derecho Sanitario, Edicomplet, Madrid, 2000, pp. 399-447.

constatado y superado-) como subjetiva (la propia apreciación personal de la capacidad para afrontar una determinada situación o asumir una concreta intervención).

Corresponderá a los colegios provinciales de médicos “aplicar las normas deontológicas que regulen el ejercicio de la medicina” art. 34.d) de los EOMC, sin olvidar que los colegiados pueden ser corregidos por la comisión de alguna de las faltas previstas en el art. 64 EOMC. Sin ánimo de exhaustividad, y refiriéndome exclusivamente a algunas de las graves y muy graves: los actos y omisiones que atenten a la moral, decoro, dignidad, prestigio y honorabilidad de la profesión, o sean contrarios al respeto debido a los colegiados (art. 64.3.b); la infracción grave del secreto profesional, por culpa o negligencia, con perjuicio para tercero (art. 64.3.c); cualquier conducta constitutiva de delito doloso, en materia profesional (art. 64.4.a); la violación dolosa del secreto profesional (art. 64.4.b), el atentado contra la dignidad de las personas con ocasión del ejercicio profesional (art. 64.4.c); la desatención maliciosa o intencionada de los enfermos (art. 64.4.d).

En fin, el art. 64.5 EOMC contiene un precepto de cierre del sistema: “El incumplimiento de los deberes establecidos en el artículo 43 de estos Estatutos, la incursión en cualquiera de las prohibiciones señaladas en el artículo 44 o el incumplimiento de las normas del Código Deontológico que no estén especificados en los núms. 1, 2, 3 y 4 serán calificados por similitud a los incluidos en los números citados de este artículo”.

La cuestión que frecuentemente asalta al médico y al jurista que se enfrenta a este tipo de normas es el valor que jurídicamente tienen asignado. Por de pronto, la potestad disciplinaria de los colegios tiene un fundamento legal en el art. 5.i de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios Profesionales, precepto que atribuye a dichos Colegios: “Ordenar en el ámbito de su competencia, la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”.

En sentido, en un primer plano las normas deontológicas son normas jurídicas⁷⁰, aunque tal vez necesario un esfuerzo juridificador más intenso⁷¹. Pero de su naturaleza normativa no cabe dudar. Al respecto señala la STC

⁷⁰ IGLESIAS, Tomás: “El discutible valor jurídico de las normas deontológicas”, *Revista. Jueces para la Democracia*, 12, 1/1991, pp. 53-61.

⁷¹ ATIENZA, Manuel: “Juridificar la bioética. Bioética, derecho y razón práctica”, *Revista Claves de la razón práctica*, núm. 61, pp. 2-15.

1ª, 219/1989 de 21 diciembre (Pte: García-Mon y González-Regueral, Fernando): “las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario. Muy al contrario, tales normas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega en favor de los Colegios para “ordenar... la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares” -art. 5.i) Ley de Colegios Profesionales-, potestades a las que el mismo precepto legal añade, con evidente conexión lógica, la de “ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”. Es generalmente sabido, por lo demás, y, por tanto, genera una mas que razonable certeza en cuanto a los efectos sancionadores, que las transgresiones de las normas de deontología profesional, constituyen, desde tiempo inmemorial y de manera regular, el presupuesto del ejercicio de las facultades disciplinarias más características de los Colegios profesionales”.

Pero también, es preciso reconocer que tienen un valor sobreañadido, “tienen también significado y contenido jurídicos, en la medida en que constituyen -valga la expresión- un forma de *lex artis codificada*. En definitiva, un elemento de referencia al que los Tribunales pueden y deben acudir cuando se trata de determinar extremos concretos del alcance del deber de prestación a cargo del médico (si de una relación contractual se trata); del mismo modo que constituye un conjunto de cánones de conducta a los que es menester acudir en casos de responsabilidad extracontractual”⁷². Es decir, cabría afirmar que “sirven de base para valorar la conducta individual del médico a los efectos de determinar la diligencia con la cual ha intervenido en el proceso médico-hospitalario en orden a la aplicación de los artículos 1104 y 1903 del Código Civil”⁷³.

⁷² DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo: *Problemática de la historia clínica, Información y Documentación Clínica*, Consejo General del Poder Judicial-Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, Vol. I, p. 111.

⁷³ FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, op. cit., p. 22.

