

I ENCUENTRO MUNDIAL DE MÉDICOS GALLEGOS

MEDICINA Y DERECHO; EL DERECHO SANITARIO

Iniciaré mi intervención con un apunte justificativo en este I Encuentro mundial de Médicos Gallegos, sobre mi origen galaico, y así justificar una de las más difíciles ecuaciones gallegas, cual es el acertijo de ¿a quién saldrá este?, pregunta que siempre se hace, por cierto en los peores momentos, como consecuencia de tantas emigraciones, que hacen aparecer parientes por todas partes, pues la raza es ubérrima.

Mi Padre nació en una de las rías bajas de Galicia. En Riveira (Santa Eugenia de Riveira, Santa Uxía), en la boca de la ría de Arousa, frente a la sonora soledad y los naufragios de la isla de Sálvora.

Mi abuelo era de Beiramar, de Muxía, en la costa de la muerte. Mi abuela de la montaña, en Arzúa, en el camino de Santiago. Mar y montaña van pues en un 50% en mi sangre totalizando la contradicción de emigraciones y nostalgias.

Por cierto este abuelo fue el que cuando me preguntó ¿tú que vas a ser?, y le contesté que Abogado, me dijo “a ver filliño demuéstrame que lo negro es blanco.....”, qué opinión tendría de esta profesión...

De mi Padre heredé junto a su inmensa biblioteca de libros gallegos, más de 5.000 volúmenes, un profundo amor por Galicia, por sus tierras y por sus gentes, aunque siga sin hablar correctamente su lengua vernácula, a diferencia de él, que entre sus muchos trabajos en gallego, tradujo “El Cantar de los Cantares” (literal, en endecasílabos libres, y paráfrasis en liras), con estudios comparativos de las versiones castellanas, sefardíes portuguesas, italianas, francesas y rumanas, e igualmente el “Poema de Hero y Leandro”. En su destino como Juez en Barcelona, dirigió la revista “Alborada”, compiló mas de 10.000 refranes de Galicia para “Bibliófilos Gallegos”, en Santiago, obteniendo

en su nuevo destino judicial en Madrid, el premio “Curros Enríquez” del Centro Gallego de Madrid, con un estudio sobre “La lengua gallega en Curros”, Pero quizás sea de reseñar la pieza dramática “Macías O Namorado” que escribió con el académico Ramón Cabanillas y Otero Pedrayo, y sobre el que XAVIER CASTRO RODRÍGUEZ escribió:

E sta é unha peza coral no senso compositivo do termo. Aquí converxeron en eufónico traballo poesía, debuxo, arte musical, sensibilidade e un inxente labor de equilibrio para ofrecer unha obra tan singular como extraordinaria: Macías o Namorado (Ed. Galaxia, 1956), un poema escénico en prosa e verso "a xeito de guieiro musical, sobor dunha cantata de Otero Pedrayo", obra composta por Ramón Cabanillas e Antonio de Lorenzo coas achegas musicais do compositor Isidro Buenaventura Maiztegui Pereiro (a súa nai Mercedes Pereiro era de orixe galega) e coas ilustracións, sempre poliédricas na súa expresión, do lembrado Xohán Ledo¹.

Y esta justificación previa lo es, como consecuencia de pertenecer a la sexta provincia que definía el desaparecido Enrique Beotas, como los gallegos no nacidos por accidente en Galicia, vivan o no en su tierra natal, que, con su trabajo, su solidaridad, su arte, su conocimiento o cualquiera que sea su actividad, aportan su “granito de arena” a la construcción de una gran patria gallega universal.

Nacido en Marruecos, Larache, en el Protectorado Español, destino judicial de mi Padre, aunque al parecer engendrado en Lugo, hacen que con toda humildad pueda comparecer en este importantísimo foro de Aomega, para hablarles de otra de mis pasiones como es el Derecho Sanitario.

¹ <http://www.galiciahoje.com/opinion/gh/otero-lorenzo-maiztegui-cabanillas-ledo-macias/idNoticia-177846>

MEDICINA Y DERECHO: DERECHO SANITARIO

Acudiendo a **Platón** nos preguntamos: ¿realmente puede la Ética enseñar a vivir? ¿no será, más bien al contrario, que sólo el que vive bien se interesa por ella? **Protágoras y Sócrates** son los que, en el diálogo que lleva el nombre del sofista, ya discutieron este asunto. El sofista se cree capaz de enseñar a «ser ciudadano», pero el filósofo le responde que esa virtud no es enseñable, porque el ciudadano ya debe serlo para estar dispuesto a escucharle.

La historia humana es la historia de las **contradicciones** en las que se mueve nuestra especie a lo largo de toda su existencia, como individuos y como grupo social. Se lo mostraré más adelante.

Vamos a hablar hoy, en este foro, de Medicina y también de Ética, Moral y, cómo no, de Derecho, que es, precisamente el motivo de mi intervención y lo haré desde un punto de vista utilitarista, bajo la óptica del Derecho Sanitario en su visión de atención cotidiana a los pacientes por la profesión médica. El ejercicio de la Medicina a la luz del Derecho, en definitiva.

Debo decir, de antemano, que **cualquiera de estos conceptos que acabo de enunciar carece de límites fronterizos nítidos** y no convive separado de los otros mencionados, existiendo, por el contrario, en una interpenetración cotidiana. Derecho y Ética son dos círculos separados, pero que vienen ganando proximidad, hasta tal punto que actualmente tienen una zona de superposición que es, precisamente, la del Bioderecho o Derecho Sanitario en su aplicación positiva. Ética y Moral son, también, conceptos muy próximos de tal modo que la cultura ética de cualquier sociedad suele estar tejida con los hilos de su moral. La Deontología profesional, por su parte, no es otra cosa que el compendio aplicativo de la Ética en el ejercicio diario de los profesionales. De hecho se fusionan ambas en muchos códigos que admiten la denominación de códigos de ética y deontología profesional.

El Derecho Sanitario. DE QUÉ VAMOS A HABLAR.

Esta novedosa disciplina trata, con todos los tintes éticos y deontológicos citados, de la relación que vincula a los profesionales de la asistencia médica (a los médicos por su protagonismo en la misma) con los usuarios y pacientes en la atención que reciben estos últimos de los primeros mencionados. El **campo de atención es la relación asistencial** en su sentido más tradicional y con las novedades que ha introducido la nueva concepción del Derecho Sanitario, de la que he venido a hablarles.

La **delimitación y autonomía del Derecho Sanitario** ha vivido en España un importante proceso de desarrollo y consolidación durante las últimas décadas, etapa ésta durante la cual ha adquirido los perfiles que hoy tiene y que lo sitúan en una posición central y emblemática dentro del conjunto de regulaciones jurídicas que ofrece el modelo de Estado Social hoy existente entre nosotros, de forma que, en la actualidad, puede afirmarse que el Derecho Sanitario supone una nueva cultura, diferente de lo que, hace algún tiempo, se conocía como “Legislación Sanitaria”, “Derecho Médico”, o “Medicina Legal”, cultura ésta que ha configurado una de las más nuevas y pujantes ramas del ordenamiento jurídico, que como indica la Excm. Dra. D^a. María Castellano, se refería al Derecho Sanitario como “término más amplio al englobar sin duda la participación de juristas y dar carta de interdisciplinariedad a este ámbito científico²”.

En efecto, el Derecho Sanitario constituye, sin duda, una de las materias que mayor auge ha experimentado en las últimas décadas. **Su ámbito es interdisciplinar** y abarca tanto materias de carácter jurídico como ético, sanitario y económico, razón por la cual atrae el interés de profesionales provenientes de diferentes disciplinas y especialidades situadas en el escenario asistencial a los ciudadanos. Desde hace ya algún tiempo se asiste a la proliferación de asociaciones, publicaciones y actividades especializadas en las

² La construcción de la Medicina Legal y Forense en España: Después de ciento setenta años, una tarea inacabada” discurso de la Académica Electa, Excm. Sra. D.^a María Castellano Arroyo,

materias que constituyen el objeto de estudio del Derecho Sanitario, y ello tanto a escala nacional como internacional. Todo ello obedece a varios tipos de razones que se enumeran a continuación:

Por una parte, al **innegable peso específico** que las materias, cuestiones o problemas relacionados con la atención sanitaria y la salud pública representan en todos los órdenes, tanto desde la perspectiva del interés social por su calidad, en cuanto síntoma de progreso y desarrollo sociales, como desde la económica, o desde la profesional, atendido el elevado número de profesionales de extracción diversa que se encuentran implicados en aquéllas.

Por otra parte, **los propios avances científicos y tecnológicos** plantean, de forma ya constante en los últimos años, complejas interrogantes jurídicas y éticas compartidas mundialmente. La reflexión profunda desde estos dos ámbitos ante estos nuevos retos constituye, desde hace años, una de sus tareas más apasionantes en nuestros días, e interesa directamente a los profesionales implicados en la prestación de la asistencia sanitaria.

Por último, y desde otra perspectiva, el desarrollo del Derecho Sanitario en nuestro país se explica también por la **preocupación creciente de los profesionales**, en especial de los médicos, ante el incremento de la conflictividad en su relación con los pacientes, que desemboca en numerosas ocasiones en la vía judicial, ya sea civil, penal o administrativa, y que produce en aquéllos una notable sensación de inseguridad y la consiguiente tendencia hacia la práctica de lo que se ha venido denominando como “medicina defensiva”.

En líneas generales, la medicina ha pasado de magia a ciencia y de arte a técnica. Las curaciones espectaculares son el fruto, ya, de un conjunto de conocimientos sometido a sistema y la relación entre el médico y el paciente no descansa tanto en la confianza o en la habilidad del médico, si no en su experiencia y capacidad de trabajo, que desarrolla, además, en un medio más tecnificado y especializado, dominado por estructuras, públicas, semipúblicas o privadas, en las que la relación médico-paciente es cada vez menos directa

para encuadrarse en diversos ámbitos organizativos (Sanidad pública, sistema de la Seguridad Social, aseguradoras privadas del riesgo de enfermedad, consultorios y hospitales privados).

Desde el punto de vista del paciente, esta evolución se traduce en el paso de la concepción de la salud como suerte a la salud como derecho, lo que implica un sustancial cambio de actitud, desde una situación de sometimiento y resignación a otra de mayor exigencia de calidad y cantidad de prestaciones asistenciales que, por otro lado, no puede ya solo solicitar, sino exigir.

Paralelamente, la consideración jurídica de la responsabilidad ha evolucionado desde posiciones como las de Marañón, que estimaba "disparate fundamental y totalmente inaceptable" la exigencia de responsabilidad al médico, hasta su entera sujeción a normas legales cada vez también de mayor complejidad (se han regulado la experimentación y ensayos clínicos, los trasplantes y la investigación genética, con normas específicas sobre responsabilidad).

A todo lo anterior hay que añadir dos circunstancias de especial trascendencia:

- Los admirables progresos de la Medicina y la Cirugía que una valoración no siempre ponderada ha considerado como poco menos que ilimitados -la prensa general se hace eco de nuevos descubrimientos en términos no siempre exactos, e incluso mantiene secciones especialmente dedicadas a estos avances -lo que se traduce en la creencia de que la Medicina y la Cirugía no solo pueden sino que deben realizar cotidianos milagros. Cuando el milagro no se produce se tiende a sospechar que ha existido un fallo humano con la consecuente responsabilidad, lo que trae como lógica consecuencia la reivindicación y el litigio.
- La difusión del sentido práctico y materialista que lleva consigo el intento de no desperdiciar ninguna ocasión que pueda traducirse en una ventaja económica, transformando aquellos antiguos valores espirituales con que estaba connotada la salud.

La impersonalidad de las relaciones completa este nuevo ambiente asistencial en el que la confianza se ha visto sustituida por la desconfianza recíproca entre médicos y paciente.

PERO... ¿QUÉ QUIEREN LOS PACIENTES?

El perceptor de las prestaciones, objeto de la relación asistencial, es el paciente, sobre el que necesito dibujar unos perfiles actuales. En los últimos años se han producido **dos fenómenos sociales de extrema importancia**: la democratización de la formación de la ciudadanía y la consiguiente culturización de la sociedad, por un lado, y la definición de una nueva figura del paciente como portador de derechos de nueva generación, situados al más alto nivel, algunos de ellos en la esfera de los principios informadores del ordenamiento jurídico. En este modelo, de derechos declarados y finamente dibujados ¿qué espera el paciente de la nueva cultura del Derecho Sanitario?

Hasta no hace mucho los motivos de disconformidad, respecto de acciones u omisiones del sistema sanitario, **se dirigían a defectos en la eficacia y rapidez** del mismo, asuntos en definitiva como la correcta práctica asistencial o la atención a la demora en la atención. Manteniéndose, hoy, como motivo de reclamación las ineficiencias del sistema, han emergido junto a estos motivos citados otros en un terreno completamente distinto y curiosamente en un contexto de positiva valoración de la figura de los profesionales sanitarios, y explico por qué añadido esta última mención.

Encuestas recientes concluyen cómo **los profesionales sanitarios disponen de un gran carisma y positiva valoración social**, a pesar de la percepción de muchos ciudadanos del sistema sanitario al que dichos profesionales sirven, como ineficiente. En este contexto, aún el paciente considera al médico como un profesional de alta cualificación y que, ineludiblemente necesita. ¿Cómo se concibe, entonces, la reclamación de los pacientes? El paciente se fija, ahora, no ya en la “aptitud” del profesional, sino en su “actitud”. La primera la valora y no la discute, normalmente, pero la segunda sí que la pone en entredicho en

muchas ocasiones. La aptitud se presume. ¿A quién se le ocurriría pensar en la falta de capacidad de un maquinista de tren, cuando embarcamos en el AVE?

El medio natural, el campo de acción, del Derecho Sanitario es la relación asistencial entre los pacientes y los profesionales sanitarios, unas veces con satisfacción por parte de los primeros y otras con percepción negativa de su desarrollo prestacional.

La enfermedad, conviene precisar, es un proceso biológico tan antiguo como el propio ser humano, al tratarse de una característica vital inseparable del mismo. Un organismo vivo es un conjunto inestable en un mundo a su vez cambiante y la salud y la enfermedad no son sino aspectos inseparables de la inestabilidad general. Sólo profundizando en esta idea podemos entender debidamente el carácter relativo, cambiante y contingente del elemento (y valor) salud en nuestra existencia. Cuando un ciudadano, aquejado de un problema de salud, precisa de una solución o remedio, en este terreno, se dirige, precisamente a los responsables de su dispensación. Puede suceder que a esta petición le siga la respuesta que aquél estima adecuada, en cuyo caso con el ciclo solicitud y respuesta queda concluido este asunto; pero **ocasionalmente sucede que la expectativa sanitaria del ciudadano no se ve cumplida**. La razón reside, unas veces en la imposibilidad material, clínica o jurídica de atender esa petición y algunas otras en disfunciones de los organismos prestadores de la asistencia, de sus ejecutores materiales o del sistema en general. Este es el marco conceptual en el que se insertan las quejas de los ciudadanos, hacia quienes tienen la obligación legal de atenderles en su aspecto vital máspreciado: su salud.

Ha habido, debo destacarlo, un cambio en el modo de mostrar el paciente sus quejas, traído de la mano de “la nueva cultura” a la que vengo haciendo referencia. Quiero llamar la atención sobre **un fenómeno sociológico actual**. Normalmente quien formula una queja o reclamación es quien se ha sentido perjudicado por una acción u omisión del Sistema Sanitario, pero es un hecho frecuente que el reclamante sea una persona distinta del paciente, de menor edad y vinculada parentalmente a aquel, frecuentemente un hijo suyo. Un

paciente añoso ha vivido toda la evolución del Sistema Sanitario y valora de forma positiva el hecho de disponer de un sistema sanitario con orientaciones de universalidad y gratuidad, comprendiendo, normalmente, sus dificultades de gestión. Otra persona más joven ha nacido y crecido en esta situación e incorpora a la misma sus valores actuales: relaciones personales horizontales en lo comunicativo, rapidez en lo prestacional (comida rápida, fotos en una hora, Internet de alta velocidad...son elementos cotidianos que abonan esta percepción) así como familiaridad con el uso de la tecnología.

Todo esto le convierte en una persona menos paciente y mucho más exigente con el sistema sanitario. Es un hecho contrastado el que a las visitas médicas acompañan al paciente alguno de sus hijos, frecuentemente, y son éstos últimos quienes formulan las quejas en caso de disconformidad. Los hijos se han convertido en agentes de salud de sus mayores y quiero mostrar un ejemplo significativo de ello, aparte de la propia constancia sociológica que acabo de mencionar. Vienen experimentando un crecimiento sostenido las consultas en Internet sobre la osteoporosis. Parece difícil pensar que son los propios pacientes quienes demandan esta información, habida cuenta la edad media de los mismos y su consiguiente falta de familiaridad en el uso de la herramienta informática.

¿Qué debemos entender como la nueva cultura del Derecho Sanitario?

El cambio de modelo, la asunción del actual paradigma relacional de médicos y pacientes viene a partir de la consolidación del **modelo horizontal de la práctica clínica, sobre el sustrato de los derechos fundamentales** de los pacientes, introducidos en las últimas décadas. Una nueva percepción, interpretación y aplicación del Derecho Sanitario para ambas partes mencionadas. El paso decidido e irreversible del ayer a la nueva cultura de nuestro momento presente. Voy a darles unos retazos de ello.

LA FIGURA DEL MÉDICO.

Ha experimentado unas **variaciones notabilísimas en su percepción social**, por parte de la ciudadanía, a lo largo de la historia.

En la antigua Grecia había tres clases sociales: gobernantes, guardianes y esclavos. Se incluía a los Médicos en la primera de ellas, no porque ejercieran funciones de gobierno, sino porque se les atribuía la función de interpretar el orden natural y tomar decisiones por sus pacientes. Esta veneración y respeto continuó durante varios siglos después, hasta llegar a la Edad Media y sobre todo al Renacimiento, épocas en las que la profesión médica es observada con recelo e incluso con ironía. Se decía: *De tres médicos uno duda, otro cura y el tercero es la muerte segura. – Los errores del arquitecto los oculta una hiedra, los del médico los cubre la tierra. – Si no ha llegado tu hora, ni un médico te podrá matar.* Seguramente el más mordaz fue Montesquieu cuando afirmaba que: *El verdadero arte de la Medicina es entretener al paciente, mientras que la naturaleza hace su trabajo.* No quiero concluir estas menciones sin una cita del inefable maestro Quevedo, quien dejó dicho que: *Son diablos los médicos, pues los unos y los otros andan tras de los malos y huyen de los buenos, siendo su común afán que los buenos sean malos y que los malos no sean buenos jamás.*³

La relación médico – paciente, base, como digo, de la relación asistencial y, por tanto, del Derecho Sanitario, se ha asentado, en su **visión tradicional**, sobre el intercambio entre **dos figuras estereotipadas**: el médico, poseedor del conocimiento científico técnico que tiene la solución clínica, o, al menos, conoce el camino para su búsqueda y el paciente, en situación doliente y de desvalimiento, que necesita atender su bien máspreciado, su salud, a través de ese profesional revestido de un aura de suficiencia científica.

Es un hecho notorio que los médicos del Sistema Nacional de Salud se enfrentan en la actualidad a **muy numerosos, y a la vez distintos, tipos de riesgos**: los derivados de la praxis sanitaria con relación a la prestación de la asistencia sanitaria a los pacientes; riesgos derivados del manejo de múltiples productos sanitarios y sustancias biológicas y químicas; riesgos derivados de la complejidad de los equipos e instalaciones que manejan y utilizan y, como no, riesgos aportados por la complejidad relacional con usuarios y pacientes

³ Jess M. Brallier publicado en Chicago en 1992. "De Los Abogados y otros reptiles" Lawyers and Other Reptiles

como destinatarios de la asistencia sanitaria. En otros términos, la actividad médica es una praxis de riesgo y con riesgo.

La percepción de esta realidad por los propios profesionales sanitarios constituye uno de los aspectos más temidos en su desempeño, en el recelo de verse alguna vez alcanzados por una demanda penal. Esta **responsabilidad de los profesionales**, a quienes el Código Penal vigente acoge con generosidad, se traduce en muy diversas figuras delictivas y es tratada, bajo detalle de singularidad, en este cuerpo normativo, a través de tipos como **la omisión de socorro sanitario, el intrusismo, manipulación genética o violación del secreto profesional, acogiendo, también, otras figuras más genéricas como el homicidio, las drogas tóxicas y estupefacientes o el blanqueo de capitales**. Es de capital importancia el análisis de la culpa civil y de la culpa penal, con sus evidentes diferencias, o las matizaciones obligadas para las formas de comisión dolosa o culposa de las conductas penales mencionadas. En el espacio de la responsabilidad personal del profesional sanitario y en la misma vía punitiva, pero fuera del terreno penal, se encuentra la responsabilidad disciplinaria, a la que se somete aquel por sus incumplimientos profesionales en el seno de la relación que le vincula a una organización de la que depende y que ejerce, en estos casos, sobre él su poder de dirección y control.

El vasto terreno de la responsabilidad sanitaria no se agota, sin embargo, teniendo como agentes a los profesionales sanitarios. Podemos tener como protagonista a la Administración sanitaria, en cuyo caso acudiremos a la figura de la responsabilidad patrimonial, una de las construcciones jurídicas, en este espacio, más complejas y extensas, con multitud de facetas. Sus básicos y definitorios caracteres, en el seno de las Administraciones Públicas, son su condición de objetiva (no es precisa la concurrencia de culpa para su determinación), su naturaleza directa (la acción se dirige contra la Administración, no contra el profesional eventualmente causante del daño) y la relevancia del calificativo de “antijurídico” para el daño ocasionado al perjudicado, auténtica palanca activadora de la responsabilidad, de tal manera

que podemos encontrarnos en supuestos de exigencia indemnizatoria aún con un funcionamiento normal del servicio.

Una pieza clave en la responsabilidad es **el aseguramiento**. El importe elevadísimo de algunas indemnizaciones hace que su pago exceda normalmente a economías individuales y obligue a la concertación de pólizas de seguro que garanticen esta cobertura y aporten la necesaria tranquilidad a los profesionales. En otras ocasiones, el motivo de la suscripción de las pólizas de seguro, es un imperativo legal que obliga a los entes públicos a suscribir aseguramiento para el personal que presta servicio en sus organizaciones sanitarias. En ambos casos la técnica del seguro supone hacer pasar la responsabilidad (económica) del asegurado al asegurador mediante el pago de la prima o importe del aseguramiento. Y concurren las habituales dificultades de delimitación en cualquier aseguramiento: riesgo, daño, sujetos actuantes... Preocupa, actualmente, la viabilidad del aseguramiento que pasa por una adecuada gestión de riesgos en la actividad asistencial. Es como consecuencia del aumento de las reclamaciones deducidas contra los profesionales sanitarios, apreciada a partir de 1980, cuando se suscita una preocupación notable en los gestores sanitarios por el aumento de las reclamaciones así como por el aumento de las cuantías indemnizatorias.

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRÁCTICA ASISTENCIAL.

La irrupción en este terreno de la consideración de la **dignidad de la persona, como soporte de todos sus derechos** y los condicionamientos que estos novedosos elementos introducen en la atención médica han traído una nueva visión e importantes variables en la asistencia. Son el paso de ese modelo tradicional a la “nueva cultura del Derecho Sanitario, como reza el título de mi intervención.

Veamos un apunte sobre los derechos constitucionales de irrupción normativa en la práctica asistencial y las variables que han introducido.

La intimidad, por ejemplo, ha venido siendo con anterioridad una intemperie para los pacientes y no me refiero a la intimidad corporal (que también), sino,

sobre todo, a la intimidad de la información que a ellos se refiere y se encuentra en poder del medio sanitario. Los médicos en épocas pasadas accedían a la información de cualquier paciente (vinculado asistencialmente a ellos, o no) sin el menor problema, consideraciones ni consecuencias. El acceso a la historia en aquellas carpetas se hacía “con impunidad” tan sólo solicitándolas al responsable de su custodia, se examinaban (copiaban si se creía oportuno) y se devolvían sin más. Hoy la historia clínica está sujeta a severos controles de acceso y trazabilidad y limitado todo ello por el antes mencionado principio de vinculación asistencial, Todavía hay accesos indebidos, algunas veces por desconocimiento del rigor legal que protege esta información. Se confunde la posibilidad fáctica de acceso con el respaldo legal o, al menos, la falta de impedimento para hacerlo. Esa percepción está muy enraizada por el anterior uso de la historia en formato no informatizado, a disposición de los profesionales mediante el acceso físico a la misma en un archivo y sin rastro posterior, normalmente, del citado acceso. La situación es, ahora, bien distinta bajo las condiciones actuales de trazabilidad, huella electrónica y otros controles a los que están sometidos quienes acceden a la documentación clínica y que si lo hacen en condiciones delictivas traen consigo años de privación de libertad e inhabilitación profesional por largos períodos de tiempo (que puede ocasionar la pérdida de la plaza si supone más de 6 años en aplicación de la normativa vigente).

Otro derecho fundamental, de obligada observancia, que ha introducido profundas variaciones en la práctica asistencial es el respeto de la **confidencialidad** que se debe a los pacientes. Les voy a enunciar unos concretos problemas sobre este asunto, ante los que se puede encontrar el médico.

1.- Un médico detecta en su paciente una enfermedad infecto contagiosa (imaginen la que quieran) y ante la pregunta de si mantiene aquellas relaciones íntimas con alguien recibe el médico respuesta afirmativa y advertencia de respeto a la confidencialidad de esta información. Esa otra persona no debe saber nada. ¿Cuál debe ser la conducta del profesional? Si observa la confidencialidad exigida pone en peligro a la persona relacionada con el

paciente. Si informa a aquella de la situación, vulnera la confidencialidad que debe a su paciente.

2.- Acude a la consulta del oftalmólogo, para revisión de agudeza visual, un paciente, conductor de autobús de profesión. El profesional observa una pérdida muy notable de capacidad visual a causa de la instauración de una enfermedad progresiva en su paciente. En la elección de observancia de sus obligaciones, el oftalmólogo ¿debe comunicar esta situación a la empresa del conductor, a la autoridad de tráfico... a alguien? ¿Debe observar la obligada confidencialidad al paciente, aun poniendo en peligro la seguridad vial y a terceras personas?

3.- Una menor, de 15 años de edad, acude en consulta médica a solicitar una píldora postcoital, pidiendo reserva del hecho de la consulta y, por tanto, de su motivo. A través de terceras personas la madre se entera de que su hija había acudido a la mencionada consulta y le pregunta al médico el motivo de la visita. Aquí la cuestión se complica con tres sujetos en escena, en lugar de dos como es habitual. La menor solicitando confidencialidad, el médico que debe observar ese derecho y los padres de la menor que esgrimen su patria potestad e interés por la salud de la hija. Otra vez el médico dudará a quien atender, por los expresados motivos de cada uno. Varios bienes jurídicos protegidos en liza, otra vez.

En ocasiones el nuevo derecho fundamental, ahora introducido, es la **autonomía del paciente**, que, no olvidemos, se asienta en su dignidad personal. Las decisiones eran tomadas, antes, por el médico, pero ahora no puede hacerse esto sin obtener el consenso del paciente, que tiene que consentir la acción propuesta.

La “nueva cultura” del Derecho Sanitario, en este caso, la introdujo la irrupción de la institución del **consentimiento informado en la práctica clínica**. Debo decirles que esta figura puede decirse que entró en la casa del médico de la mano de un abogado. Me explico. La evolución normal de una figura jurídica en su aplicación normativa es que se regula aquella en una ley que el Parlamento

elabora a causa de la existencia de un problema y un sentir social de la necesidad de su solución. El Derecho, como herramienta de convivencia, da solución (o lo pretende) a todo ello. Así sucedió con la figura del divorcio, por ejemplo. Me van a decir que no se necesitaba la ley del divorcio, existiendo toda la vida el “ahí te quedas” (como se decía años atrás con áspera elocuencia) pero lo cierto es que las situaciones de inseguridad jurídica que se generaban precisaban de una normativa reguladora. Pues bien, con el consentimiento informado sucedió al revés. Se introdujo una exigencia vía normativa, que no era demandada (quizás por no percibida la necesidad de hacerlo) y pilló de sorpresa su aplicación a todos los operadores de la Medicina y del Derecho. En realidad, ha tardado, desde 1986 (LGS) varios lustros en aclararse debidamente y consolidarse esta exigencia normativa. Incluso sigue percibiéndose aún, en algunos medios, el consentimiento informado más como un documento (una exigencia documental) que como un elemento más de la “lex artis”, definido así por el Tribunal Constitucional. La realidad es que ni el documento, siquiera, debería llamarse de “consentimiento informado” pues se trata, en realidad de un documento de “información para consentir”⁴.

La necesidad de aceptación de cualquier acción clínica por aquellos usuarios o pacientes que han de recibirla, en la nueva cultura, complica algunas veces las cosas. Es el controvertido asunto de las **vacunas**. Como es sabido, son medicamentos biológicos dirigidos a la inmunización de la población contra determinadas enfermedades y su contribución a la salud pública es incuestionable. Han hecho disminuir la mortalidad, tanto como el acceso al agua potable y más que los antibióticos. El objeto central sobre estos productos sanitarios, en el terreno de la autonomía que ahora transitamos, es el acceso forzoso o la aceptación libre de la vacunación, con sus argumentos, y la cuestión añadida de referir este asunto a los menores como receptores de la misma, dándose la circunstancia, en este caso, de que quien toma la decisión no es la misma persona que recibe el riesgo o el beneficio de la acción sanitaria.

⁴ Defendido por el Dr. Pedro Hidalgo "El médico informa y el paciente consiente". la esencia del libro "Informar para consentir. Responsabilidad del médico" una publicación editada por la corporación médica pacense que se presentó en el XX Congreso Nacional de Derecho Sanitario

Desde el punto de vista de los poderes públicos se plantea la opción de no obligar a la vacunación, decisión sustentada en el respeto a la libertad individual, o la de imponer esta acción, con el objetivo de proteger la seguridad sanitaria colectiva. En España no es obligatoria la vacunación, solamente es recomendada, pudiendo constatarse un alto grado de aceptación, en el entorno del 90% registrado en la Unión Europea.

La Constitución Española garantiza el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud (artículo 43) y a la vida y a la integridad física. Pero ¿se trata de un derecho-deber? Es decir, ¿es obligatorio proteger la propia salud, la vida y la integridad física por su titular? En nuestro marco jurídico la respuesta es negativa, con fundamento en el respeto a la autonomía de la voluntad y la vigencia de la libertad ideológica y creencial (artículo 16).

La Ley 14/1986, General de Sanidad recogía, en su artículo 10.9, el derecho a negarse a un tratamiento, con carácter general, y con escasas excepciones, entre las cuales se mencionaba el riesgo para la salud pública. Se promulgó, en el mismo año, la Ley Orgánica 3/1986, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y que en su artículo 2 declaraba la posibilidad de las autoridades públicas de tomar cualquier tipo de medidas para preservar la salud pública, cuando se encuentre en peligro, particularmente (decía) en caso de epidemia o situaciones límite.

La Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, reconoce, de forma inequívoca y reiterada, el principio de autonomía de la voluntad. En dicho sentido el artículo 2^a.e) proclama el derecho del paciente a aceptar o rechazar terapias o procedimientos médicos. Como ya se ha apuntado con anterioridad, siendo voluntaria en España la vacunación, quienes deciden sobre un menor son sus padres o guardadores legales, en ejercicio, concretamente, de su representación legal, conforme al artículo 9.3 de la Ley 41/2002 y en aplicación, además, del Convenio de Oviedo, en su artículo 6.1, que autoriza intervenir en nombre de una persona incapaz, cuando redunde en su beneficio directo.

Los antivacunas esgrimen la autonomía como argumento decisivo y declaran asumir los riesgos de su decisión para sus representados, pero ¿asumen los riesgos para otros miembros de la sociedad, por contagio de sus representados? El riesgo de salud pública que puede representar personas no vacunadas es evidente y podríamos hablar hasta de egoísmo e indiferencia hacia el resto de la sociedad.

Las contradicciones de los pacientes.

Con este sustrato jurídico, en la actualidad, parece que los usuarios y pacientes tienen elementos para adoptar posturas claras (no tanto los profesionales) y no deberían darse algunas curiosas situaciones, pero a veces no sucede así.

En las palabras de arranque de mi intervención les decía que la historia de la humanidad es la historia de sus contradicciones y este hecho palmario se evidencia, también, en aquello que los pacientes reclaman del medio asistencial e incluso del soporte jurídico del mismo.

Una de las conquistas señeras en este escenario asistencial ha sido el paso del modelo paternalista al formato autonomista, como es sabido. La institución del consentimiento informado, como reconocimiento de esta autonomía decisoria de los pacientes es buena prueba de ello. En la misma dirección se instaló normativamente el instituto jurídico de las **instrucciones previas o voluntades anticipadas**. Formulada legalmente como aquella declaración de un paciente capaz y consciente sobre las decisiones formuladas en momento de capacidad de expresarlas, para cuando no puedan ser emitidas y adquieran, entonces, su validez, en realidad se trata con esta figura de explicitar aquello que no queremos que la Medicina haga con nosotros, cuando nosotros mismos lleguemos a un momento en el que no podamos decirlo. En este sentido, con acierto, se pronuncia la Ley extremeña 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, cuando recoge que este instrumento: *expresa las instrucciones sobre sus objetivos vitales, valores personales y las actuaciones médicas que deberán ser respetados cuando se encuentre en una*

situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. Afina esta percepción la citada norma cuando expone que: las instrucciones sobre las actuaciones médicas pueden referirse tanto a una enfermedad o lesión que la persona otorgante ya padece como a las que eventualmente puede sufrir en el futuro, e incluir previsiones relativas a las intervenciones médicas acordes con la buena práctica clínica que desea recibir, a las que no desea recibir y a otras cuestiones relacionadas con el final de la vida.

Esta figura jurídica, recogida en Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente y puesta a disposición de los ciudadanos, con tanta ilusión de progreso decisorio, **no ha tenido, sin embargo la aceptación por aquellos que era de esperar**. La Sociedad Española de Cuidados Paliativos, en concreto, ha advertido que ni siquiera el 0,6 por ciento de la población tenía registrada sus últimas voluntades, en diciembre de 2018. Con los [últimos datos del Registro Nacional de Instrucciones Previas](#) había apenas 270.000 de estos documentos registrados.

Como razones de esta situación paradójica podemos apuntar que, de entrada, todavía persiste un importante desconocimiento entre la población sobre la existencia de este documento de voluntades previas o mal llamado testamento vital⁵ y su relevancia y esto tiene que ver con el limitado interés que en estos años han mostrado los ciudadanos. La población en general y, con mayor razón, las personas con enfermedad avanzada, tienen miedo de hablar del final de la vida. Muchas personas ni siquiera se han planteado que eso debe llegar (y acaba fatalmente llegando), por lo que hablar del testamento vital no está dentro de sus prioridades de cuidados. Cualquier mención al entorno de la muerte sigue siendo un tema tabú en nuestra sociedad.

Pero es que las personas no queremos morirnos, perdón, dejar de existir y si eso, naturalmente, sucede, nos planteamos la posibilidad de volver a la vida,

⁵ Sistemáticamente venimos escuchando la utilización de “Testamento Vital” o “Testamento Biológico” en sustitución de los términos que contemplan nuestras Leyes de “Instrucciones Previas” o “Voluntades Anticipadas”, lo que es erróneo y debemos criticar. Testamento vital es la traducción de la denominación inglesa *Living Will* Por tanto, el denominado testamento vital o biológico no supone un propio y genuino testamento porque en él no se hace disposición de los bienes ajenos o transmisibles para después de la muerte. Recordemos utilizar el término que recoge nuestra Ley Básica de “Instrucciones Previas”.

bajo formas que la ciencia (alguna ciencia) nos garantiza e introducen al Derecho Sanitario en una nueva cultura, como reza el título de mi intervención, en un proceloso mar de interrogantes, en realidad. Verán.

Quizás ya/Quizás ya/Ya se han dado cuenta de que hablo de la **criogenización**, esta llamativa y curiosa enmienda al hecho fatal de morirnos y al que esta técnica atribuye carácter reversible. **Dicha técnica viene practicándose sobre cuerpos humanos**/Dicha técnica viene practicándose sobre cuerpos humanos/**Esta técnica sobre cuerpos humanos viene practicándose** desde hace varias décadas en Estados Unidos y cuenta con grupos de apoyo en Canadá, Australia y Reino Unido, planteándose, ahora, su introducción en España. ¿Qué hay detrás de todo esto: utopía, desafío científico, negocio...? Desde el arranque de este procedimiento se suscitaron, además de la dudas científicas, inquietudes en los terrenos legal y ético.

Benjamín Franklin, en 1773, afirmó que la vida humana podría, en el futuro, preservarse suspendida durante siglos. Robert Ettinger declaró en su obra *The Prospect of Immortality*, que la congelación de personas sería la forma de poder hacerlas llegar hasta futuros avances médicos. Entendía que la congelación es reversible y con ello la devolución a la vida.

Esta técnica consiste en congelar a una persona, con nitrógeno líquido, a temperaturas cercanas a -190°C , cerca del punto de ebullición de dicho gas (196°C). **El objetivo es devolver un cuerpo a la vida cuando el progreso científico permita eliminar la causa que ocasionó la muerte**, tal vez siglos después. El cuerpo al que se aplica esta técnica recibe el nombre curioso de procesado, pues ni está enterrado, ni incinerado, ni diseccionado, ni momificado. El término trae ecos de tratamiento industrial, sin duda. Los crionicistas, en realidad, venden una esperanza: que el progreso científico, en terrenos como la bioingeniería avanzada, nanotecnología molecular y nanomedicina, demuestre, en una proyección de futuro incierto, que ellos tenían razón, logrando devolver el cuerpo tratado a la vida.

Se plantean **gravísimos interrogantes, teniendo en cuenta el doble ámbito de dificultades: la propia congelación y la descongelación posterior.** La ciencia nos ha llegado a permitir, actualmente, la criopreservación de espermatozoides, embriones u ovocitos, pero ¿acaso no son distintos los problemas (de todo tipo) que plantea hibernar estos preliminares vitales, que hacerlo con una persona adulta y fallecida?

La identidad de una persona no está en su cuerpo, sino en su cabeza y lo que se trata de reparar a los pacientes procesados en el futuro es el cuerpo. Se llega, por los empresarios de la criopreservación, a la surrealista solución de separar la cabeza del cuerpo para centrarse en su día (en su siglo) en el asunto principal, el cerebro. Ya le buscaremos un cuerpo, mejor que el que tenía, dicen. De hecho en torno a las tres cuartas partes de los procesados son pacientes **neuros** (decapitados).

El servicio ofrecido ¿es funerario o tiene carácter terapéutico? Para poder procesar el cuerpo es necesario que se haya producido la muerte legal. Lo que se trata de revertir, no obstante, es la muerte clínica. En ese caso, ¿revertirían ambas, simultáneamente o haría falta algún mecanismo legal para equipararlas? El comienzo del tratamiento hay que realizarlo tras el fallecimiento, pero cuanto antes. Seis horas se fijan como máximo. Hay que vigilar los impulsos del cerebro, hasta que cesen (muerte legal). ¿Podrán hacerse cuerpos revivibles a base de retales del almacén criogénico de miembros humanos? Para la nueva vida ¿el cerebro comenzará sin información o se utilizará la información que poseía antes de morir? En este último caso ¿deberá escanearse la información a tiempo? Pero, ¿dónde se encuentra esa información? ¿En la estructura física del cerebro o en el psiquismo de la persona (tesis de Platón de identificación de psiquismo y mente)? Si son intercambiables, ¿se conformará un cerebro con el cuerpo que le ha tocado, si no le gusta? Si un estado amnésico imposibilita encontrar la identidad de la persona ¿es éste el punto límite entre la nueva vida y la muerte definitiva?

Una tormenta de gravísimos interrogantes, como ven. Sólo tengo una cosa absolutamente clara. Esas empresas no tendrán libros de reclamaciones para sus clientes. Si el asunto sale mal ¿quién se lo va a pedir?

Esta problemática recién mencionada ha venido de la mano de la Ciencia a una humanidad que ha vivido, a lo largo de su historia, **catastróficas pandemias y graves crisis sanitarias**, hecho que nos merece unas reflexiones que hago a continuación.

La peste negra, en el siglo XIV, se llevó consigo a cerca de la mitad de la población de Europa, o más recientemente, la Gripe Española de 1918, pandemia considerada una de las más devastadoras de la historia que mató entre 1918 y 1920 a más de 40 millones de personas en todo el mundo; o, por último, los 300 millones de personas que se estima murieron de viruela a lo largo de la historia.

El progresivo desarrollo de la investigación biomédica y la aparición de medios mucho más eficaces para aislar los brotes en sus primeras etapas hicieron que **durante muchos años se pensara que esta clase de terribles episodios difícilmente volverían a mostrar la virulencia de otros tiempos**. Tanto, de hecho, que cuando la OMS activó los mecanismos necesarios para afrontar una crisis de este tipo con ocasión de la gripe A, no fueron pocos los que la tildaron de alarmista, cuando no, directamente, de culpable de alguna forma de despilfarro de recursos públicos.

La realidad es tozuda, mostrando cómo la aparición de un caso de ébola en Madrid, o de la presencia del virus de la fiebre hemorrágica de Crimea-Congo en nuestra geografía⁶, agente infeccioso también como el ébola (del máximo nivel de riesgo conocido), hace que estemos muy lejos de vivir en ese mundo idílico en el que las grandes crisis sanitarias se afrontarían sin mayor incidencia.

⁶ El laboratorio de Arbovirus y Enfermedades Víricas Importadas del Centro Nacional de Microbiología analizó la presencia del virus de la fiebre hemorrágica de Crimea-Congo en garrapatas recolectadas en Extremadura durante los años 2011, 2012 y 2013 y en otras de Toledo, Huesca y Segovia de forma puntual en 2011 y 2012.

Esta situación, lógicamente en frío, no puede generarnos más que intranquilidad. Incluso si miramos exclusivamente a nuestro mundo desarrollado –que es el que de verdad nos genera inquietud, de otra forma nunca se explicaría el desarrollo que han seguido estos brotes–, resulta palpable que **no sólo no contamos con medios clínicos para asegurar una fácil respuesta a toda patología, sino que, además, estamos muy lejos de contar con una preparación adecuada para dar una respuesta acorde a los retos sociales** que les son implícitos. Difícilmente, en realidad, conseguiremos hacerlo si no tenemos presente que el Derecho, y su asociada la Ética, desempeñan un papel fundamental a la hora de dar cumplida respuesta a estas situaciones que encierren numerosas cuestiones que van más allá de lo que las Ciencias de la Salud pueden afrontar.

La nueva cultura de la atención asistencial introduce graves interrogantes.

¿Cuál podría ser la situación de los profesionales y otros sujetos, a la luz de la nueva cultura del Derecho Sanitario, en estas situaciones?

Los propios profesionales se ven, a veces, a sí mismos en inminente peligro, empiezan a aflorar fuertes tensiones entre sus deberes hacia la humanidad, los propios pacientes, la familia o, simplemente, la necesidad de salvaguardar la propia existencia. Como consecuencia, puede suceder perfectamente que sean muchos los profesionales que opten por evitar el contacto con los pacientes o con sus compañeros encargados de atenderles, pidan una baja laboral por motivos como la depresión o el estrés o, simplemente, dejen de asistir a su puesto de trabajo. En tales circunstancias, ¿cómo hemos de actuar? ¿Podemos forzar la voluntad del personal sanitario, intentando restablecer la normalidad en el servicio a través de la aplicación taxativa del marco jurídico? ¿Resultaría esto posible o, siquiera, juicioso? Téngase en cuenta que la sociedad valora sobremanera a la profesión médica en concreto, como he tenido particular interés en referir con anterioridad, sin perjuicio de alguna faceta percibida como mejorable, naturalmente, en su desempeño.

Imaginemos, ahora, un caso completamente diferente, en el marco de estas situaciones críticas mencionadas. La **posible aparición de conductas claramente altruistas ligadas a lo extraordinario de las circunstancias**. Esto, que puede parecer chocante a primera vista, no lo es tanto en un escenario tan complejo como el que plantea una gran crisis química, biológica, radiológica, o terrorista en la que los servicios sanitarios se colapsan.

En tal coyuntura, a menudo fluyen voluntarios dispuestos a arriesgar su salud o incluso su vida para ayudar a salvar otras, siendo algunos de ellos (personal sanitario jubilado, personal con formación básica para según qué tareas, expertos en seguridad en paro, etc.) potencialmente muy valiosos. Con todo lo que tiene de loable, este escenario también abre preocupantes cuestiones, como **¿cuál sería el estatuto jurídico de esas personas?** ¿Cómo asegurar que actúan libremente habiendo entendido el riesgo? ¿Qué privilegios habría que otorgarles, caso de que sea así? Obviamente, estas preguntas necesitarían de respuestas, por mucho que las circunstancias fueran complejas.

A todo lo anterior hay que unir, por fin, otras cuestiones no menos trascendentales, como las que afectan al enfermo contagioso (qué límites reales podemos establecer a sus derechos, cuál es el efecto real de la cuarentena en caso de pandemia sobre su comportamiento, cuál es la fuerza coercitiva real del Derecho en tales casos, etc.), a los productos farmacéuticos (¿Podemos obligar a la industria a producir un fármaco concreto? ¿Qué ocurre con las patentes? ¿Qué garantías asociadas a los ensayos clínicos podemos obviar por motivos razonables?), o a la gestión de datos (¿Tenemos que mantener las mismas garantías en el tratamiento de datos en situaciones de emergencia? ¿Podemos acceder a los historiales clínicos sin contar con autorización? ¿Bajo qué condiciones?).

Todos estos problemas y otros muchos más que a buen seguro olvidamos, siguen demandando una respuesta urgente por parte del Derecho Sanitario. Sin embargo, no creo descubrir nada nuevo si avanzo que estamos muy lejos de proporcionarla.

Nos hallamos, por consiguiente, en una situación en la que las lagunas jurídicas son más que notorias, lo que no deja de ser preocupante. Obviamente, en circunstancias **especiales**/excepcionales el ordenamiento jurídico estatal siempre permitiría utilizar recursos como la no declaración de estados **excepcionales** para tapar estas carencias, pero no parece en absoluto que éste sea un mecanismo adecuado para tratar problemas de esta índole.

Ante esta certeza, no cabe sino concluir que **necesitamos una estrategia enfocada a trazar un marco ético-jurídico que dé una respuesta global a todas las grandes crisis sanitarias** derivadas de agentes químicos, biológicos, radiológicos, nucleares y explosivos que puedan presentarse en el futuro, cambiando las actuales incertidumbres por mínimas certezas, aun siendo plenamente conscientes de que, pese a ello, siempre surgirán situaciones imprevistas adecuadamente.

Hay muchos valores en juego, muchos sujetos afectados y muchos escenarios posibles. La pregunta final y ante este foro **sería**, ¿estamos preparados?

No quiero concluir sin exponer a modo de resumen algunas ideas que pueden ser clarificadoras, aunque sean muy generales.

La finalidad última del derecho es la de obtener la justicia. Y al servicio de la justicia, hoy concretada del derecho a la protección de la salud, deben dirigirse los esfuerzos que desde el Derecho Sanitario se están produciendo en la regulación de la relación médico-paciente desde la perspectiva de todas las ramas del ordenamiento jurídico, civil, penal y administrativo.

Este esfuerzo y profundización, en cuanto intento de definir los derechos y las obligaciones de todos como medio de conseguir una vida social más justa y más libre, deben preservarse y potenciarse. Pero el derecho es también y ante todo una ciencia de límites y de sentido común y a veces tan perniciosa puede resultar la ausencia como el exceso de regulación jurídica.

El derecho Sanitario implica ciertamente una nueva forma de entender la relación médico-paciente en la que el principio ya no es sólo que la salud del enfermo es la suprema ley, sino que se articula sobre la voluntad del paciente que queda en libertad para tomar en cada caso la decisión que crea más conveniente, una vez informado de la naturaleza de los objetivos de las consecuencias y de los riesgos que comporta la aplicación de un determinado tratamiento médico.

Pero no se prescinde de que el fin de la medicina es curar, y cuando no se puede curar, y cuando los cuidados no van a llevar a la conservación del establecimiento de la salud del paciente proporcionarle el afecto y la ayuda que sean precisos, pues en eso consiste también su grandeza.

El reto del Derecho Sanitario nos implica a todos, pero fundamentalmente a los médicos y es en este sentido en el que se ha propugnado que la enseñanza de los médicos en formación incluya el más alto nivel técnico y científico, pero que ponga al mismo nivel la relación médico-paciente desde el punto de vista humano.

Se ha dicho que la existencia misma del hombre se ha medicalizado en sus propios y fundamentales conceptos: nacimiento, muerte y vida. Con la doctrina del Derecho Sanitario se trata de recuperar el concepto de Rudolf Virchow según el que la medicina es una actividad social hasta la médula de los huesos

Muchas gracias.