Globethics Repository



El distanciamiento entre deontología y derecho médico [The separation between, deontology and law]

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Article
Authors	San Julián Puig, Verónica
Publisher	Asociación Española de Bioética y Ética Médica
Rights	Creative Commons Copyright (CC 2.5)
Download date	2026-11-04 20:06:44
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/203830

EL DISTANCIAMIENTO ENTRE DEONTOLOGÍA Y DERECHO MÉDICO

THE SEPARATION BETWEEN, DEONTOLOGY AND LAW

Verónica San Julián Puig
Universidad de Navarra
Campus Universitario s/n
31080 Pamplona. Spain
Tfno: 948.42.56.00 ext. 2834
E-mail: vsanjulian@unav.es

Resumen

La Deontología, los Códigos de deontología médica, y el Derecho, en particular el Derecho médico dan respuesta a cuestiones que se plantean en planos distintos de la realidad, de ahí que entre ambas exista una distancia lógica e incluso necesaria. Pero siendo cosas distintas no pueden ser contradictorias, por ello se puede hablar de distanciamiento cuando, o bien se mantienen aisladas, o bien se producen choques entre ellas. No es bueno que el Derecho médico se aislé e independice de cualquier criterio moral, pero tampoco lo es un Derecho médico dependiente de una «ética democrática». En los casos en los que se produce un choque entre lo dispuesto en los Códigos de deontología médica y lo establecido en una ley, si nos limitamos a abordarlo desde un punto de vista normativo, lo dispuesto en el Código deontológico cede ante la ley por su menor rango normativo, de ahí que es mejor que exista una colaboración entre ambos planos, de modo que frente a un *ethos* legal, se potencie un *ethos* profesional que redunda en beneficio de todos. No obstante, de producirse ese choque es importante garantizar al profesional por medio de las «cláusulas de

objeción de conciencia» que no se va a ver obligado a llevar a cabo una conducta legalmente permitida pero cuya conciencia reprueba.

Palabras Clave: Códigos deontológicos, Derecho médico, ordenamiento jurídico, Moral y Derecho.

Abstract

Good practice, good medical practice standards and Law, in particular Medical Law, respond to issues applying to different realms of reality and there is therefore a logical, and even necessary, distance between them. But, although different, they can not be contradictory, and a true distance arises when they either remain isolated or there are collisions between them. Medical law should not be isolated and independent from moral criteria, but neither should it depend on a «democratic ethic». Whenever there is a discrepancy between good medical practice standards and the law, if we limit our approach to a regulatory perspective, the law will prevail. It is therefore preferable for there to be collaboration between the two, so that in relation to a legal *ethos*, a professional *ethos* will be reinforced in benefit of society as a whole. Nevertheless, when such discrepancies arise, it is important to guarantee by means of «conscious objection clauses» that professionals will not be forced to perform legally permitted procedures of which their conscience disapproves.

Key Words: good medical practice standards, medical law, ethics, law.

1. Introducción

Deontología y Derecho son dos términos susceptibles de una pluralidad de acepciones e interpretaciones y eso, de principio, dificulta la comprensión del problema. La Deontología parte de la Etica y la Etica puede estar fundamentada en la persona en sí misma o en la consideración social (lo que se llama la «ética democrática»). El Derecho por su parte, puede ser entendido como el orden social justo o como el conjunto de normas estatales (en una visión puramente positivista que confunde Derecho y ley, tan generalizada en nuestros días). Si se entienden estas palabras exclusivamente como ética social y Derecho legislativo no hay distancia entre ellos sino más bien coincidencia ya que el Derecho legislativo está en función de la utilidad y la conciencia social. No es éste el planteamiento del que se debe partir y no partiré de él, no obstante, sí que haré referencia a él por ser el planteamiento más extendido en la actualidad y estar en la base de algunos de los problemas actuales entre Deontología y Derecho.

En este trabajo parto de la afirmación de que la realidad puede ser observada desde distintos niveles o planos. La realidad es multiforme, compleja, poliédrica, de ahí que un mismo hecho pueda ser abordado desde distintas ópticas y ana-

lizado desde distintas ciencias. La misma realidad puede ser objeto de un estudio pluridisciplinar[1]. Cada nivel tiene su significado, sentido y función y se interrelaciona con otros niveles. La realidad tiene distintos niveles de significación, lo cual exige un análisis transversal. Es decir que junto a un análisis o corte horizontal de la realidad, se puede y debe hacer un análisis y corte transversal que pone al descubierto esos distintos niveles. Los distintos niveles no se oponen ni excluyen sino que entre ellos se dan lazos de interdependencia, de tal manera que los unos no pueden ser entendidos sin los otros. Hablar aquí de estudio pluridisciplinar, implica entender que a cada disciplina o ciencia le corresponde el estudio de su nivel y la respuesta a las cuestiones concretas que ese nivel plantea. Así pues, se trata de ver cuál es el lugar que ocupan la Deontología, los Códigos de deontología médica, y el Derecho, en particular el Derecho médico, dado que cada uno se refiere a un plano distinto de la misma realidad. Situadas ambas ciencias, pasaremos a ver la distancia y el distanciamiento que existe entre ambas: la distancia necesaria y lógica fruto de su diferente naturaleza y del diferente nivel de la realidad al que dan respuesta. Distancia que, por otro lado, es conveniente mantener. Y el distanciamiento que puede ser objeto de crítica, dado que ambas ciencias tienen fuertes vínculos entre sí y por tanto han de mantener fluidas relaciones. Siendo distintas no pueden ser contradictorias y eso porque su distancia —o distanciamiento en sentido positivo— es concéntrico, ya que ambas tienen como eje o núcleo a la persona. Por tanto, sólo partiendo de los distintos planos en que se mueven ambas ciencias, es como se puede decir algo con relación a este tema.

En este sentido, nos encontramos, tal y como señala Hervada[2], con que en la realidad existe un plano del ser del hombre que corresponde a su condición de persona que es aquel en el que el sujeto se manifiesta como un ser dotado de razón, voluntad y libertad. Este plano es distinto de aquellos otros de la persona en cuanto a ser dotado de corporalidad y sometido, por tanto, a las leyes de la física o la biología. En el plano de la personalidad, el hombre actúa según principios propios, sus actos proceden de su autodeterminación, de su libre decisión. Actúa por su razón y voluntad. Este sector de la realidad humana recibió en Grecia el nombre de *ethos*, de donde viene la palabra ética, y en Roma el nombre de *mos* (*mos-mores*), de donde proviene la palabra moral. Este plano de la realidad humana que corresponde al hombre como persona, es objeto, entre otras, de tres ciencias prácticas: la moral, el derecho y la política. Mientras que para las realida-

1 Tal es el caso de la bioética de la que se dice que es un ejemplo de ciencia pluridisciplinar y que los verdaderos bioéticos trabajan en un continuo diálogo interdisciplinar. En este sentido cfr. González, A.M, *En busca de la naturaleza perdida*, Eunsa, Pamplona, 2000, 17, para la primera referencia; y Trevijano, M., *¿Qué es la bioética?*, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1999, 9, para la segunda.

2 Hervada, J. y Muñoz, J.A., *Derecho*, Eunsa, Pamplona, 1984, 138-139.

des no morales del hombre existen otras ciencias como la medicina o la biología. Así pues, moral, derecho y medicina son ciencias distintas pero interrelacionadas entre sí en tanto que relativas al hombre, al ser humano.

Los Códigos de ética y/o deontología médica en cuanto que vinculan la conducta del profesional de la medicina en el ejercicio concreto de su ciencia, se puede decir que entrañan, a mi modo de ver, un peldaño o escalón intermedio entre la moral y el derecho, como se tratará de poner de relieve en este trabajo. Peldaño intermedio que exige mantener una equidistancia con los otros dos «escalones», fundamentalmente con relación al Derecho porque si pierde sus lazos con con la moral y se normativiza, perderá todo su sentido e identidad propia.

2. La deontología médica

Para hablar de la distancia y el distanciamiento que media entre la Deontología y el Derecho médico se hace preciso empezar situando ambas realidades. En este apartado veremos qué se entiende por Deontología con carácter general y, en concreto, cuál ha sido su evolución en el ámbito médico hasta llegar al actual Código de Ética y Deontología Médica.

2.1. Deontología

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define etimológicamente la deontología como: «ciencia o tratado de los deberes». De tal manera que la deontología médica sería «el tratado o ciencia del deber médico o de las obligaciones médicas»[3]. Hablar pues de deontología o ética profesional implica hablar de los deberes que ésta impone a los profesionales en el ejercicio de su actividad peculiar. Deberes que se recogen y plasman en los denominados Códigos deontológicos. En este sentido, el art. 1 del Código de Ética y Deontología Médica Español (a partir de ahora CEDM) define la deontología médica como: «... el conjunto de principios y reglas éticas que han de inspirar y guiar la conducta profesional del médico».

Así pues, lo característico de la Deontología en nuestros días es que se encuentra codificada y lo propio de cualquier Código de Deontología, son dos elementos: un sujeto en quien se está pensando y a quien va dirigido el Código, el profesional; y un conjunto de deberes al que éste ha de someter su actuación, que ha de cumplir en el ejercicio de su profesión.

2.1.1. El profesional

Decíamos en primer lugar, que los Códigos de deontología se dirigen a un sujeto: el profesional. El profesional es aquel que ejercita una profesión. El ejercicio de una profesión implica por un lado, la realización de una actividad especializada con la que la persona se gana habitualmente el sustento. Pero si nos quedáramos ahí, la definición de profesión y más de la profesión (vocación)

3 Peiro, F., *Deontología médica*, Dossat, Madrid, 1966, 11.

médica, sería quedarse corto. Cualquier profesión —e, insisto, más la médica— es mucho más que un instrumento con el que ganarse la vida (fin noble pero fin externo a la propia actividad). Ese «más» radica en la constatación de que toda profesión es una actividad que tiene un fin en si misma[4] y a ese fin propio es al que debe dedicarse por completo quien lleva a cabo la profesión[5]. En el caso de la medicina su fin propio es el cuidado de la salud. El fin propio de las profesiones está en íntima conexión con el bien de la sociedad. Si hablamos de la medicina, nadie duda de que la salud —y su cuidado— es un bien específico, indispensable y de gran valor para todos, de ahí que la sociedad esté legitimada para reclamarlo.

Por otro lado, en toda profesión el ejercicio de esa actividad propia, no se realiza de forma individual, sino junto a otras personas, otros «colegas» que pertenecen al mismo «collegium» y con los que se conforma una cierta «comunidad». Comunidad de personas con un mismo lenguaje, unas mismas metas, unos métodos comunes de actuación. Y comunidad de personas también que asumen un mismo *ethos*[6]. Así pues el ejercicio de una profesión produce el ingreso de la persona en una comunidad profesional que le dota de una peculiar identidad.

Según lo señalado hasta ahora, una profesión tiene varias vertientes, hasta tres han quedado puestas de manifiesto: una vertiente individual, una colectiva («grupal»), y una social. Pues bien, los Códigos de Deontológicos se hacen eco de las tres. Así lo indica Herranz cuando al referirse a la función de los Códigos deontológicos se refiere a las tres dimensiones de éstos: «una primera, individual, que compromete la conducta personal de cada médico; una segunda, corporativa, que afecta a la profesión organizada; y una tercera, pública, que incluye el ámbito social en el que es ejercida la medicina»[7]. A lo largo de la historia de la medicina y de la ética médica (como se verá en el epígrafe 2.1.3) llama la atención cómo se ha ido poniendo el acento en una u otra dimensión según la forma y grado de vinculación del médico.

2.1.2. Conjunto de deberes

El segundo elemento propio de todo Código deontológico es que agrupa un conjunto de deberes específicos para ese profesional y profesión. Tradicionalmente el acceso al ejercicio de una profesión, el alcanzar la categoría de «profesional», ha

4 Adela Cortina (en Cortina, A. y Conill, J. (dirs.), *Diez palabras clave en ética de las profesiones*, Verbo Divino, Estella, 2000, 13-14) tomando como referencia a Aristóteles, señala que la actividad profesional «no es *poíesis*, acción mediante la cual se obtiene un objeto situado fuera de ella, sino *praxis*, acción que se realiza por si misma; no es *praxis atelés*, sin fin interno, sino *praxis teleía*, que contiene en si misma el fin».

5 «La profesión es no sólo un medio de sustento personal, sino sobre todo una actividad humana social con la que se presta a la sociedad, de forma institucionalizada, un bien específico e indispensable». Cortina, *op.cit*., 27.

6 *Ibid*., 14.

7 Herranz, G., *El Código de Etica y Deontología Médica*, Asociación de Derecho Sanitario, Madrid, 2000, 7.

conllevado la asunción de unos deberes y unas formas de actuación a las que el nuevo profesional debía de ajustar su conducta y obrar.

Históricamente, las primeras «profesiones» de las que se tiene noticia son tres: sacerdote, médico y jurista. El objeto de todas ellas es proporcionar a la sociedad un bien indispensable: el cuidado del alma, del cuerpo y de la relación social, respectivamente. En sus orígenes para el ejercicio de las tres, además de exigirse un aprendizaje específico, era necesario pronunciar un juramento por el que los que ingresaban en la profesión se comprometían a obedecer sus reglas e intentar proporcionar el bien correspondiente más allá del propio interés[8].

En el ámbito médico, el contenido, sentido y vinculación efectiva que se derivaba de ese juramento fue variando con el paso del tiempo. En un principio el juramento era entendido como un compromiso solemne realizado ante la divinidad de llevar a cabo la tarea procurando las excelencias en su desarrollo[9]. Al poner al ser supremo por testigo y garante de la rectitud y del buen hacer de quien hacía este público juramento, se asumía y aceptaba también su castigo en caso de trasgresión o incumplimiento de los deberes asumidos, de tal manera que el fundamento de la actividad no podía ser simplemente jurídico sino que lo era moral y de orden religioso, de donde se derivaba un modelo de responsabilidad primariamente ética más que jurídica[10].

En la actualidad la idea de profesión está totalmente secularizada en todos los ámbitos, de tal manera que el juramento ha desaparecido (como es el caso de la medicina[11]) y, en los pocos supuestos en que se conserva, se ha convertido en un mero trámite burocrático más que se ha de cumplimentar para el acceso al ejercicio[12]. El problema no sólo es que no haya juramento en cuanto que acto formal, sino que hay un completo desconocimiento de las normas deónticas que vinculan a los nuevos colegiados.

Los deberes que conlleva el ejercicio de una profesión —y que antiguamente se asumían en el acto concreto del juramento—, hoy se recogen en los denominados Códigos deontológicos. Esos deberes que constituyen la deontología o ética profesional no son sino la ética general aplicada a un objeto específico: las situaciones y relaciones que surgen en el desempeño

8 Cortina, *op.cit*., 17. Este juramento se mantiene actualmente para el sacerdocio y la abogacía, no así para la medicina.

9 *Ibid*., 17.

10 Pablo Simón Lorda en Cortina y Conill, *op.cit*., 214. Para una explicación más completa de esta idea, véase Gracia, D., *Fundamentos de Bioética*, Eudema, Madrid, 1989, 50-52.

11 Ha desaparecido en nuestro país porque en otros países de nuestro entorno (como es el caso de Francia, Alemania e Italia) sigue vigente y tiene un papel relevante. Véase Herranz, *op.cit*., 2000, nota 21.

12 Dejando fuera de esta apreciación al sacerdocio; la abogacía es una de las pocas profesiones que tienen ese juramento. La fórmula de incorporación al Colegio de Abogados dice así: «Juro (o prometo) acatar la Constitución Española así como el resto del Ordenamiento Jurídico con lealtad a la Corona y fidelidad en el cumplimiento de las obligaciones y normas deontológicas de la profesión de Abogado en recta colaboración con la Administración de Justicia».

de una determinada profesión[13]. De modo que la ética profesional es una plasmación o concreción de la ética general. Así ha sido también desde los orígenes, pues ya la ética médica hipocrática —madre de toda la ética médica clásica— no era sino la ética griega general aplicada a la medicina[14]. Ética concreta que se recoge en unas normas precisas y específicas para cada profesión, en las que se establece el comportamiento de un determinado profesional en relación con la sociedad en la que se desarrolla su actividad. Así pues, la deontología remite a la perspectiva de la ética o moral objetiva privada[15] específica de la profesión y es, además, una ética codificada[16].

Dado que las distintas profesiones plantean cuestiones propias y específicas son los propios profesionales los que deben diseñar las reglas ético-morales de la profesión, las reglas más adecuadas para alcanzar ese fin objetivo propio dentro de su especificidad. Así pues el artífice de los Códigos deontológicos, como se verá con detalle más adelante, no es el legislador estatal, ni tampoco son los Códigos el resultado de las elucubraciones de los filósofos de la moral, sino que son obra de los propios profesionales. Es una autorregulación. En el caso de la medicina, obra de médicos, de modo que la norma deontológica recoge la sabiduría de la práctica médica. Desde el origen de la medicina ha sido habitual la plasmación de la ética específica de la profesión bien en fórmulas, juramentos o códigos, en los que se contenía la experiencia práctica de los maestros[17], quienes seleccionaban sus consejos, aforismos y normas según resistieran o no la prueba de la clínica, de tal manera que con ellas se trataba de escoger las normas que ayudaran a resolver las cuestiones que se planteaban a diario en la práctica médica[18]. En la actualidad es a los Colegios profesionales a quienes corresponde la labor de señalar cuáles son las buenas prácticas de la profesión y cuáles las malas, teniendo siempre presente como referente el fin propio de la actividad que se desarrolla; así como qué valores y principios es preciso encarnar para proporcionar a la sociedad el bien que le es debido[19]. En definitiva, como señala Herranz[20], los Códigos deontológicos

13 López Guzmán, J. y Aparisi Miralles, A., *Deontología farmacéutica: concepto y fundamento*, Eunsa, Pamplona, 2000, 89.

14 Simón Lorda, *op.cit.*, 216.

15 Fue Jeremías Bentham, filósofo inglés de la escuela utilitarista, quien empleó por primera vez el término «deontología» en su libro *Chestomathia*, definiéndolo como aquella exposición «de lo que es correcto», «lo que debería ser» tanto a nivel privado como público. Más tarde el propio autor vuelve a emplear este término en otra de sus obras *Deontology* pero con un sentido más perfilado que va a ser el que se va a consolidar, deontología como equivalente a «ética privada». López Guzmán y Aparisi Miralles, *op.cit.*, 95-96.

16 «No es, por tanto, una ética general ni una ética sistemática, sino una normativa especial, aplicada que, en un texto articulado, establece los mandatos y prohibiciones, los consejos y censuras, que reflejan el consenso deontológico que la corporación se impone a si misma y que ha de regular la actividad de todos». Herranz, *op.cit.*, 2000, 8.

17 Hay que tener en cuenta que maestro no lo es cualquiera, sino aquella persona de mérito relevante entre las de su misma clase, según señala el Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española.

18 Herranz, *op.cit.*, 2000, 7.

19 Cortina, *op.cit.*, 24.

20 Herranz, *op.cit.*, 2000, 9.

constituyen un elemento esencial de toda organización profesional, algo que emana de su propia naturaleza, no algo externo a ella o impuesto por una autoridad. Se elabora por sus propios miembros a través de un proceso interno de búsqueda de la propia identidad y trata de ser una respuesta a la comunidad, dada la íntima relación y la función social que cumplen también los Códigos. En ellos se manifiesta la extensión e intensidad de los compromisos éticos a los que los profesionales se vinculan.

2.1.3. Evolución de la ética en la profesión médica

Tal y como ha quedado señalado, el origen de la ética médica se sitúa en el origen mismo de la medicina, de tal manera que ambos orígenes se encuentran en la Grecia de los siglos VI a IV antes de Cristo y es en la llamada escuela hipocrática donde alcanza su máxima expresión[21]. El médico en esa sociedad representaba el orden de la salud. Frente al *in-firmus*, un ser sin firmeza, minusválido en todos los aspectos, incluso el moral[22], e incapaz de saber qué le conviene para recuperar ese orden perdido, se encontraba el médico, el conocedor del «arte», capaz de recuperar ese orden perdido. La explicación metaética que subyace a este planteamiento es el naturalismo, donde el médico virtuoso era el que hacía el bien, el que situaba cada objeto y sujeto de tal manera que ocupara su lugar en el orden de la naturaleza. Era una relación eminentemente de carácter personal, un tú a tú entre dos personas no iguales, una relación vertical y asimétrica en la que el enfermo era un ser pasivo a quien se le procuraba un bien, dado que su propia enfermedad le incapacitaba moralmente para decidir por sí mismo. Es más, el médico en Grecia era una especie de sacerdote, mediador entre los dioses y los hombres, de ahí su carácter sacral del que participan las notas de elección, segregación, privilegio, impunidad y autoridad[23].

El juramento hipocrático responde a esta forma de entender la relación médico-paciente y supone un límite para el profesional ya que le impone unos deberes de diligencia y cuidado que evitan cualquier tentación de abuso de esa posición privilegiada. Del juramento hipocrático se desprende que el médico asumía ante la sociedad una responsabilidad ético-religiosa que estaba más allá de las responsabilidades meramente jurídicas[24] y que le daba una gran autoridad moral[25]. Esta beneficencia paternalista podemos decir que tiene una vertiente negativa

21 Simón Lorda, *op.cit*., 216.

22 No debemos olvidar que en Grecia existía una correlación directa entre el orden físico y el moral, de modo que no hay virtud moral sin salud. Gracia, *op.cit*., 27.

23 Gracia, *op.cit*., 41.

24 Gracia habla de una distinción histórica muy clarificadora entre las profesiones y los oficios u ocupaciones y señala que tradicionalmente los oficios han estado sometidos a la responsabilidad jurídica mientras que las profesiones (que él cifra exclusivamente en tres: el sacerdocio, la realeza —y la judicatura por extensión—, y la medicina) gozaban de impunidad jurídica por estar sometidas a una responsabilidad más fuerte que era la moral y que excluía la jurídica. *Ibid*., 52.

25 Simón Lorda, *op.cit*., 220.

vista desde los ojos de un occidental actual, que es la de prescindir totalmente del paciente en tanto que ser autónomo, con derechos y capaz de tomar decisiones o, por lo menos, de opinar; pero tiene una vertiente positiva que es el exquisito cuidado del que era objeto el paciente[26]. En ella, además, quedaban incluidas las otras dos obligaciones morales clásicas (no maleficencia y justicia).

Es necesario que nos detengamos antes de continuar con la evolución histórica que ha tenido la deontología profesional, para hacer hincapié en dos ideas que están presentes en los orígenes y que tiene mucha importancia poner de relieve para entender algunas cuestiones actuales. Por un lado, desde fechas muy tempranas nos encontramos con tres obligaciones o principios morales médicos que todavía hoy perduran en nuestros Códigos de deontología y que se extienden, como básicos, a la bioética. Se trata de los principios de beneficencia, no maleficencia y justicia. Estos tres principios encuentran su apoyo en el Digesto de Ulpiano (S. III después de Cristo): «*honeste vivere, alterum non laedere y suum cuique tribuere*» (beneficencia, no maleficencia y justicia). En los orígenes los tres principios eran referidos a los tres ámbitos que afecta la práctica médica (el primero sería el que debe regir las relaciones del médico para consigo mismo; el segundo, su actuación con los pacientes; y el tercero, sus relaciones con terceros, es decir con la sociedad[27]). En la actualidad son objeto de una lectura más amplia y están recogidos en el CEDM (en los arts. 4,1 y 4,3 —beneficencia—; arts. 4,2, 5 y 6 —justicia—; y art. 4,4 —no maleficencia—). Además, como digo, se entiende que son principios que deben estar presentes en la bioética[28]. Llama la atención, que unos principios morales básicos de la ética médica presentes desde los orígenes de la medicina, coincidan con los que son también principios básicos para el Derecho, principios a partir de los cuales se desarrolla el propio concepto de Derecho y todo el sistema de responsabilidad extracontractual[29]. Desde una formulación idéntica, tienen un desarrollo y aplicación distinta, a distintos niveles. Por otro lado, el segundo de los aspectos que quiero remarcar es cómo en el origen de la práctica médica el compromiso y la vinculación personal moral del médico era tan fuerte, al quedar obligado nada menos que frente a los dioses, que su responsabilidad era cuasi-exclusivamente moral y no jurídica al ser ésta mucho más fuerte y amplia que la segunda. En definitiva, en un momento histórico en el que ni el Derecho es legal (porque la fuente del Derecho en ese momento no era la ley), ni la moral es la cristiana, nos encontramos

26 Tanto es así que se habla de una actitud «maternal» en el médico que cuidaba hasta del más mínimo detalle en la atención del paciente. Gracia, *op.cit*., 43.

27 *Ibid*., 90.

28 Véase Trevijano, *op.cit*., 122 y ss. para el principio de beneficencia; 125 y ss. para el de no maleficencia; 126 y ss. para el de justicia y se añade el de autonomía (119 y ss.).

29 La justicia (*suum cuique tribuere*) se encuentra en la base misma del Derecho y la llamada no maleficencia (*alterum non laedere*) es el pilar sobre el que se halla construido el sistema de responsabilidad extracontractual civil.

con que el juramento hipocrático nos da la pista de que no cabe ninguna relación profesional en que no haya un compromiso personal de hacerlo bien conforme a las reglas de la diligencia.

Continuando con la explicación, a finales de la Edad Media y comienzos del mundo moderno se produce otro hito importante. Tras la aparición de los Estados, en el siglo XVII, aparecen los Colegios de médicos. La medicina se ha convertido en una profesión en sentido moderno y los Colegios de médicos nacen, con autorización real, como una institución independiente de la Iglesia, el Estado y la Universidad, con una estructura organizada que tiene capacidad para monopolizar la formación, titulación y ejercicio de los médicos en la sociedad[30]. El primer Colegio de médicos fue el *Royal College of Physicians de Londres* y lo creó Enrique VIII. Es a partir de este momento cuando la ética médica adquiere un carácter colegial y con ella se pretende controlar el comportamiento de los profesionales por parte del colectivo al que pertenecen[31]. El acento de la ética médica pasa a ponerse en la dimensión colectiva. La colegiación con otros de la misma profesión implica que el colectivo es el garante de la buena práctica porque con ello se mantiene un nivel de confianza y buen hacer que beneficia a todos: sociedad y médicos. Aparece pues un estrato nuevo, el Colegio profesional como institución intermedia y la pertenencia al Colegio como forma de autocontrol de los unos respecto a los otros, en cuanto que todos forman parte de la misma «empresa». Se garantiza la propia ética no por vinculaciones individuales-personales, sino por los Colegios.

A principios del siglo XIX nos encontramos con la obra de Thomas Percival titulada *Etica médica* (1807) donde partiendo de una respuesta dada a las demandas de los profesionales del Hospital de Manchester, este médico ahonda en la conducta debida en los hospitales, las obligaciones benéficas de los profesionales, así como sus prerrogativas. En la obra de Percival se observa una postura intermedia entre el paternalismo tradicional y la opción por la autonomía moral de los individuos propia de la era moderna. Frente al «paternalismo infantil» de los antiguos y el «autonomismo adulto» de los modernos, él opta por el «paternalismo juvenil», es decir, por entender al enfermo, no ya como un niño, pero tampoco como un adulto, sino como un adolescente capaz para ciertas cosas, pero no para decidir las cuestiones fundamentales de su vida[32]. (Lo propio de nuestro tiempo es el paso a un modelo «liberal» caracterizado por unas relaciones horizontales entre adultos autónomos[33]).

En 1847 aparece el primer Código ético de una organización profesional médica, la *American Medical Association*. Código que recibe íntegramente el espíritu de la obra de Percival que acabamos de comentar. Este Código a su vez ha ido influyendo en los sucesivos Códigos de ética de los Colegios y Sociedades médi-

30 *Ibid*., 88.
31 Simón Lorda, *op.cit*., 221.
32 Gracia, *op.cit*., 90-91.
33 *Ibid*., 144.

cas profesionales que se han ido creando en todo el mundo en el siglo XIX[34].

A lo largo del siglo XX, y lo que llevamos del XXI, nos encontramos con un nuevo escenario: el desarrollo espectacular de la medicina científica. Ya desde comienzos del siglo XX se abren nuevos campos de investigación que traen consigo un gran avance de las técnicas y de los instrumentos para realizarlas; aupada por el desarrollo de la física y de la química, nace la genética; se descubre la solución a problemas que hasta entonces se habían considerado irresolubles, cuando no misteriosos y divinos... Con el avance de la ciencia se reconoce que se pueden conseguir grandes logros pero también se empieza a ser consciente de que está en juego el desarrollo de la vida: la capacidad de intervención en los procesos de salud y enfermedad de las personas es enorme pero lleva aparejado grandes riesgos también. La adquisición de nuevos conocimientos plantea nuevos problemas[35] y muchas preguntas.

En este ambiente, y más todavía cuando tras la Segunda Guerra Mundial se descubren los excesos médicos producidos en los campos de concentración, la deontología médica tradicional se pone en cuestión y se habla de la necesidad de construir una nueva ética médica que tenga seriamente en cuenta al paciente y su autonomía ya que éste es un sujeto con derechos y capacidad de decisión propia y no un mero objeto de investigación o sanación[36]. Se insiste en la idea nuclear moral de que la persona, la naturaleza humana, ha de ser el límite frente a un progreso que se pretende ilimitado[37]. En este sentido a lo largo del siglo XX han proliferado los Códigos y Declaraciones de carácter internacional que tratan de establecer las nuevas directrices en ética relativas a la investigación médica (Código de Nürenberg de 1946; Declaración de Helsinki aprobada en la 18 Asamblea de la Asociación Médica Mundial en 1964 —y modificada en octubre de 1975, octubre de 1983, septiembre de 1989, octubre de 1996, octubre de 2000 y mayo de 2003—; Declaración de Manila de 1981; Convenio de Oviedo de 1997...). Al mismo tiempo en que se iban produciendo estas declaraciones y protocolos de ética, muchas de las cuestiones tratadas en ellos se iban recogiendo en leyes estatales. Así pues podemos hablar de dos nuevos rasgos: por un lado, se configuran los deberes de los médicos como correlativos a los derechos de sus pacientes, pacientes a quienes se va reconociendo como seres adultos y autónomos capaces de tomar sus propias decisiones. Y esto tiene su reflejo en que se introduce el principio de autonomía junto a los tres principios tradicionales (beneficencia, no maleficencia y justicia) reinterpretados y adaptados a las nuevas realidades. Y por otro, algunos de los que

34 Simón Lorda, *op.cit*., 223.
35 Trevijano, *op.cit*., 12.
36 Simón Lorda, *op.cit*., 224.

37 «Sacar partido a los beneficios del progreso es un ideal que no debe realizarse a costa de suprimir los valores más apreciados por el ser humano. Hemos de contabilizar como beneficios aquellas realidades que respetan realmente los valores fundamentales de la persona humana». Doral, J.A., «Moral y Derecho», en *Etica de las Profesiones Jurídicas: Estudios sobre Deontología*, Gómez Pérez (Coord.), UCAM-AEDOS, Murcia, 2003, 23.

hasta entonces eran sólo deberes éticos, al ser recogidos por las leyes se convierten en deberes jurídicos.

2.2. Códigos de deontología

Hasta hace poco tiempo han sido muchas las profesiones que han carecido de Códigos deontológicos, siendo la profesión médica la primera que contó con uno ya en los albores de su nacimiento. Desde su origen en Hipócrates, ciencia médica y ética médica han caminado juntas adoptando distintas formas. En España el primer Código deontológico médico «moderno», en el sentido de que obedece a las coordenadas modernas de su creación por parte de los Colegios profesionales, data de 1945. A él le siguió el de 1979 reformado en 1990 y, por último, el reciente Código de ética y deontología médica español de 1999 (CEDM). (Si bien es cierto que también existen normas deontológicas dentro del ámbito autonómico[38] elaboradas por los Consejos Autonómicos, no voy a entrar a tratar este asunto por no incidir de forma directa en el tema estudiado).

A continuación se analizará el valor jurídico de los Códigos deontológicos para lo cual se verá de dónde emanan (2.2.1) y qué tipos de normas los componen (2.2.2).

2.2.1. Códigos de deontología: obra de los Colegios profesionales

Los Códigos deontológicos son normas colegiales, es decir que emanan del Colegio profesional. En el caso concreto de los Colegios Médicos es la Organización Médica Colegial quien lo elabora y se encarga de su revisión y actualización. La Organización Médica Colegial según el art. 1,1 de los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial «se integra por los Colegios Provinciales Oficiales de Médicos y por el Consejo General, que son corporaciones de derecho público... con estructuras democráticamente constituidas, de carácter representativo y personalidad jurídica propia». Además, según el art. 3 del CEDM[39] «asume como uno de sus objetivos primordiales la promoción y desarrollo de la Deontología profesional»; y «dedicará atención preferente a difundir los preceptos de este Código y se obliga a velar por su cumplimiento». Es decir que de entre los fines para los que ha sido creada la Organización Médica Colegial (ordenar el ejercicio de la profesión médica, representar a todos los

38 En los Estatutos de Autonomía de las Comunidades históricas (Cataluña, País Vasco, Baleares, Navarra, Aragón y Galicia) se establece su competencia exclusiva en materia relativa a los Colegios profesionales; además otras Comunidades Autónomas han ido adquiriéndola por la vía del traspaso de competencias efectuado por la Ley orgánica 9/1992, de 23 de diciembre (Andalucía, Valencia, Canarias...). Muchas de estas Comunidades citadas ya tienen su propia Ley de Colegios profesionales pero todavía son pocos los Códigos deontológicos autonómicos existentes, como el del Colegio Oficial de Médicos de Barcelona.

39 Para un comentario a este artículo así como su relación con la Declaración de Madrid de 1987 sobre Autonomía y autorregulación profesionales, en la que se inspira, véase Herranz, G., *Comentarios al Código de Ética y Deontología Médica*, Eunsa, Pamplona, 1992, 10 y ss.

médicos y proteger sus intereses...), el de codificar, salvaguardar y hacer cumplir los principios deontológicos constituye su esencia y razón de ser[40].

El art. 1,1 de la Ley de Colegios profesionales los califica de corporaciones de derecho público. A pesar de tal denominación, mucho se ha discutido y se sigue discutiendo sobre la naturaleza jurídica de los Colegios profesionales, si es asociativa o corporativa, de derecho público o privado. Lo cual ha dado lugar a muchos debates y afecta al tema que venimos tratando. Sin entrar en el fondo de la cuestión, porque éste no es el lugar para hacerlo, podemos decir que un amplio sector de la doctrina administrativista apuesta por señalar la naturaleza pública de los Colegios, si bien reconociendo que sus funciones son mixtas, tanto públicas como privadas[41]. Los Colegios son personas de derecho público pero no se puede olvidar que su base es asociativa (privada) y su carácter más bien híbrido hace precisamente que su papel sea muy importante como estructura intermedia y más en una sociedad en la que el Estado, cada vez más, encarga la gestión de sus intereses a entidades privadas. En todo caso, los Colegios realizan junto a finalidades privadas, determinadas funciones públicas de gran trascendencia para el ejercicio de la correspondiente profesión, pero precisamente son los fines de interés público los que justifican su creación[42]. Esas funciones públicas están encaminadas a la ordenación, disciplina y control del ejercicio de la profesión, funciones éstas que en otros ámbitos son asumidas directamente por la Administración. En este sentido, en la medida en que los Colegios profesionales persiguen fines

40 Hay que tener en cuenta que esto ha sido así desde el origen de los Colegios de médicos en España. El Real Decreto, de 12 de abril de 1898, por el que se aprueban los Estatutos para el Régimen de los Colegios de Médicos y los Estatutos para el Régimen de los Colegios Farmacéuticos, establece la obligatoriedad de la colegiación para el ejercicio de la profesión. Junto a una serie de motivos de secundarios como la persecución del intrusismo e incluso la colaboración fiscal, el principal motivo para imponer la colegiación obligatoria estriba en el aseguramiento de la disciplina corporativa. «La deontología y la disciplina colegial, que se identifican en último término con la protección de intereses públicos, son el motivo por el central de la decisión estatal que impone la colegiación obligatoria», Calvo Sánchez, L., *Régimen Jurídico de los Colegios Profesionales*, Civitas, Madrid, 1998, 81. Por tanto, existencia de Colegios, colegiación obligatoria y deontología son categorías que van muy ligadas.

41 En este sentido se manifiestan: Antonio Fanlo Loras en Martín-Retortillo, *Los Colegios Profesionales a la luz de la Constitución*, Civitas, Madrid, 1996, 96; López González, J.L., *Los Colegios Profesionales como Coorporaciones de Derecho Público: un estudio en clave constitucional*, Nomos, Valencia, 2000, 59; Del Saz, S., *Los Colegios Profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 1996, 141; etc.

42 Fanlo Loras, *op.cit*., 96. Baena en su obra que es anterior incluso a la Ley de Colegios profesionales ya señalaba que los Colegios profesionales cumplen con los tres requisitos que han de darse para calificar a una organización como persona jurídica pública: 1. que goce de la potestad de *imperium* atribuida por el Estado y ejercicio de esos poderes en nombre propio del ente; 2. creación del ente por iniciativa directa del Estado; y 3. obligación de cumplir el fin asignado en conexión con el control estatal, dirigido a asegurar este cumplimiento. Baena, M., *Los Colegios Profesionales en el Derecho Administrativo Español*, Montecorvo, Madrid, 1968, 48-49. Añadiendo más adelante que los Colegios profesionales son entes públicos porque persiguen fines públicos; es decir que son las finalidades públicas las que determinan su carácter de entes públicos. *Ibid*., 59.

públicos, se encuadran en el ámbito del Derecho Administrativo y ostentan prerrogativas de poder público[43]. Es decir, que el ejercicio de ciertas funciones públicas con relación al ejercicio de determinadas profesiones exige, por razones de oportunidad libremente apreciadas por el legislador, la creación de unas estructuras organizativas (los Colegios) que tienen la condición de poder público y son beneficiarias de las atribuciones típicas de los poderes públicos (como la potestad normativa para la ordenación de la profesión y la potestad sancionadora)[44]. Los Colegios profesionales para el cumplimiento de esos fines de interés público que tiene encomendados, goza de un status jurídico semejante a las Administraciones públicas y es titular de algunas potestades públicas típicas de las Administraciones.

Entre los fines de los Colegios —fines o funciones que la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales[45] establece hasta una treintena, de las que no todas tienen, evidentemente, la misma entidad, ni peso— se encuentra la ordenación del ejercicio de la profesión (art. 1,3[46]). Fin que viene respaldado por la potestad normativa y la potestad sancionadora (recogidas en el apartado i) del art. 5 de la misma ley[47]). Potestad normativa, de donde emanan los Códigos deontológicos y potestad sancionadora que hace que algunas conductas que se desvían de esos deberes deontológicos sean sancionadas.

Así pues, las normas deontológicas responden a potestades públicas que la Administración delega en los Colegios. De ahí que lo establecido en los Códigos deontológicos sea de obligado cumplimiento para todos los médicos, tal y como dice el art. 2,1 del CEDM: «los deberes que impone este Código, en tanto que sancionados por una Entidad de Derecho Público, obliga a todos los médicos en el ejercicio de su profesión, cualquiera que sea la modalidad en que la practique».

Herranz parte de la idea de que en la base de los Códigos de deontología está un pacto social por el que la sociedad ha entregado a la corporación médica la potestad exclusiva de conceder la licencia para practicar la medicina a quienes

43 López González, *op.cit*., 193.

44 Fanlo Loras, *op.cit*., 97-98.

45 Ley que se ha visto modificada y alterada por la Ley 74/1978 de 26 de diciembre, de normas reguladoras de los Colegios profesionales; la Ley 7/1997, de 14 de abril, de medidas liberalizadoras en materia de suelo y Colegios profesionales; el Real Decreto 6/1999, de 16 de abril, de medidas urgentes de liberalización e incremento de la competencia; y el Real Decreto 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios.

46 Dice el art. 1,3 de la Ley de Colegios profesionales: «Son fines esenciales de estas corporaciones *la ordenación del ejercicio de las profesiones*, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación fundamental y de las de la Organización Sindical en materia de relaciones laborales».

47 Dice el art. 5 apartado i) de la Ley de Colegios Profesionales: «Corresponde a los Colegios profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial: i) *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» (la cursiva es mía).

reúnan las debidas cualificaciones, a condición de que los mismos Colegios establezcan las reglas éticas para el ejercicio correcto y competente de la profesión. De donde él deduce que el código de deontología médica es en cierto modo «una guía de conducta profesional que contiene los compromisos éticos que los médicos contraen públicamente para garantizar a la sociedad un adecuado nivel de calidad de sus servicios profesionales»[48]. Lo cual efectivamente está en la línea de lo que hemos señalado que históricamente ha sucedido al nacer los colegios profesionales.

A) Potestad normativa

Antes de pasar al siguiente punto es preciso referirse brevemente a las dos potestades citadas de las que están revestidas los Colegios profesionales para el cumplimiento de sus fines específicos, en concreto, la finalidad de ordenar la actividad profesional. La primera de ellas es la potestad normativa. Hay que resaltar que la regulación profesional es una competencia del Estado, dado que es al Estado a quien corresponde velar por el derecho al ejercicio de las profesiones, pero el Estado, el sector público, delega en los Colegios profesionales el cometido de ordenar la actividad profesional[49]. Así pues ordenar el ejercicio de la profesión y regular jurídicamente la profesión son dos cosas distintas, correspondiendo la segunda exclusivamente al Estado y pudiendo éste delegar la primera en otras instituciones. El Estado lleva acabo esta delegación sin perjuicio de las funciones de dirección y supervisión que se reserva para asegurar el respeto a los valores constitucionales. De este modo a los Colegios corresponde la ordenación de la profesión, ordenación que lleva a cabo por medio de un sistema normativo colegial, dentro del cual se encuentran los Estatutos —generales o particulares— y los Códigos deontológicos. Las normas colegiales son elaboradas y conformadas por los colegiados y sus órganos de representación, si bien requieren de un proceso de aprobación u homologación por parte de la Administración. Así pues, los Colegios profesionales gozan de autonomía normativa, si bien esas normas se encuentran siempre sometidas al control de legalidad que ejerce sobre ellos la Administración.

Uno de los componentes de la ordenación general de la profesión que se encomienda a los Colegios hace referencia a la ética profesional. Cuando alguien es admitido como miembro de un Colegio profesional, además de reunir una serie de requisitos técnicos que garanticen que tiene los conocimientos necesarios, ha de someterse a unas normas de comportamiento que aseguren que ese profesional, además, va a actuar correctamente. Es lógico que se produzca la delegación de la regulación de esta materia a favor de los Colegios profesionales, ya que al ser la institución en la que se agrupa a quienes ejercen la misma profesión, acumula la pericia y experiencia de sus componentes, de ahí que sean ellos los más cualificados

48 Herranz, *op.cit*., 1992, 4.
49 Martín-Retortillo, *op.cit*., 1996, 317-320.

y, por tanto, los legitimados para regular lo relativo a la deontología y ética profesional[50]. Con ello además, como ya ha quedado dicho, se logra un clima de confianza en el profesional y se le dota de autoridad moral, todo lo cual favorece la eficacia y calidad del servicio que presta cada profesión[51].

Así pues, una de las manifestaciones de la potestad normativa de los Colegios profesionales se plasma en la elaboración de los Códigos deontológicos[52]. En los Códigos quedan recogidas las normas de conducta más acordes al buen hacer profesional, de ahí que por medio de los Códigos se puedan afianzar valores sociales que existen más allá de ideologías y políticas concretas, y afianzar virtudes cívicas que redundan en indudables ventajas para toda la sociedad[53]. Pero hay que tener en cuenta que, en virtud del principio de legalidad, es preciso que los mismos sean compatibles con el pluralismo ideológico propio de nuestra sociedad europea y también con nuestro vigente ordenamiento constitucional[54].

B) Potestad sancionadora

Dentro de la función de ordenación de la profesión y como complemento de la potestad normativa, está la potestad de sancionar a los colegiados, potestad que también enlaza con la función de «hacer cumplir las leyes» dispuesta en el apartado t) del mismo art. 5[55]. A los Colegios corresponde pues, velar «por la ética y dignidad profesional» y «hacer cumplir las leyes». Cuando se habla de «hacer cumplir» las leyes, se cita ahí un elenco de normas que abarcan desde las estrictamente colegiales («Estatutos profesionales y reglamentos de régimen interior, así como las normas o decisiones adoptadas por los órganos colegiales») hasta las

50 «El Colegio profesional es básicamente una institución capaz, por acumulación de toda la pericia y experiencia de los componentes de una rama profesional, de enjuiciar las desviaciones que puede haber en el ejercicio profesional. De ahí la deontología profesional como función justificadora última del Colegio profesional que garantiza así frente a la sociedad la buena práctica de la profesión. (...) el Colegio profesional aparece, ante todo, como la institución que define las reglas y deberes observables por los profesionales en el ejercicio de su profesión, y que en último extremo juzga las conductas profesionales de los colegiados. Se revela como la institución idónea para ello, porque acumula en su seno todo el saber y la experiencia para ello». Ximénez de Sandoval, «¿A dónde van los Colegios Profesionales?», *BIA*, Colegio de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Madrid, 59 (1983), 27.

Véase también la obra de Martín-Retortillo, L., «Las exigencias éticas de las profesiones», *Seminario sobre Deontología Profesional*, Unión Profesional, Madrid, 1995, donde se aportan interesantes argumentos históricos, culturales y jurídicos a favor de la autoregulación por parte de los Colegios profesionales.

51 Martín-Retortillo, *op.cit.*, 1996, 323.

52 Calvo Sánchez estima que los Códigos deontológicos serían la esencia, el reducto último de esa función de ordenación del ejercicio profesional. Calvo Sánchez, *op.cit.*, 625.

53 Martín-Retortillo, *op.cit.*, 1996, 326.

54 *Ibid.*, 325.

55 Dice el art. 5 apartado t) de la Ley de Colegios Profesionales: «Corresponde a los Colegios profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial: t) Cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales y los Estatutos profesionales y Reglamentos de Régimen interior, así como las normas y decisiones adoptadas por los Organos colegiales, en materia de su competencia».

prescripciones normativas extracolegiales («Leyes generales y especiales»). Los Códigos deontológicos formarían parte de las primeras.

Para llevar a cabo esta tarea se dispone de la potestad sancionadora pero conviene resaltar que no sólo sancionando se promueve el cumplimiento de las normas. En concreto «hacer cumplir» puede implicar tareas tan variadas como promover la participación de los colegiados en la elaboración de esas normas, facilitar su conocimiento mediante cursos, seminarios u otras formas de divulgación propias de la experiencia de cada Colegio, o informar y orientar a los colegiados sobre la normativa existente[56]. En definitiva, con relación a los Códigos deontológicos, los Colegios profesionales tienen un importante papel tanto de concienciación y difusión de su conocimiento, como en lo que a su cuidado y efectiva observancia se refiere. Para poder ejercer una profesión, la medicina en particular, es preciso el conocimiento y práctica de los deberes deontológicos dado que se trata de «obligaciones profesionales»[57], algo que está o que debería estar integrado de lleno en la profesión.

Así pues, corresponde a los Colegios el ejercicio de la potestad disciplinaria, lo cual es coherente y complementario con la anterior facultad estudiada. El propio Colegio se encarga de la sanción disciplinaria, pero todo el sistema se encuentra sometido a supervisión jurisdiccional, así lo señala el art. 8 de la Ley de Colegios profesionales relativo al recurso ante la jurisdicción contencioso-administrativa de los actos colegiales[58]. La sanción es un acto colegial y, en cuanto tal, un acto administrativo revisable ante esta jurisdicción. Esto es así desde que con la llegada de la Constitución se suprimieron los Tribunales de Honor que hasta entonces eran los únicos que conocían de estos casos[59]. Cuestión distinta es que los Colegios ejerzan las funciones sancionadoras que jurídicamente tienen asignadas emitiendo resoluciones suficientemente motivadas y fundamentadas en criterios objetivos y recogidos en normas vigentes. Para que el Colegio pueda sancionar se requiere de un mínimo de predeterminación normativa. En este sentido las normas deontológicas hacen el papel de normas jurídicas

56 Martín-Retortillo, *op.cit*., 1996, 322.

57 *Ibid*., 324.

58 Dice el art. 8,1 de la Ley de Colegios Profesionales: «Los actos emanados de los Órganos de los Colegios y de los Consejos Generales en cuanto que están sujetos al Derecho Administrativo, una vez agotados los recursos corporativos serán directamente recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa».

59 Los Tribunales de Honor eran Tribunales de cuya formación se hacía cargo el propio Colegio para juzgar la comisión de actos deshonrosos. El fallo, adoptado en honor y conciencia, sólo podía consistir en la absolución del inculpado o en su separación definitiva del Colegio y la profesión, sin que cupiera recurso alguno frente a él, salvo en casos muy excepcionales. Baena, *op.cit*., 166-167. Las exigencias del Estado de Derecho son incompatibles con la existencia de tribunales que emplean, como único instrumento decisorio en el que se apoyan sus fallos, la convicción y la conciencia prescindiendo de las reglas jurídicas y cuyas resoluciones, además, no gozan de control jurisdiccional (Calvo Sánchez, *op.cit*., 803), de ahí su prohibición expresa «en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales» (art. 26 CE).

en cuanto que tipifican las conductas que pueden ser sancionadas[60].

En definitiva, los Códigos deontológicos al regular las conductas más apropiadas para el correcto ejercicio de la profesión aparejan para la vulneración de «algunas» de estas conductas una actuación *a posteriori* represiva que se plasma en las modalidades de sanciones disciplinarias. Sanciones que pueden alcanzar, en los supuestos de mayor gravedad, la prohibición del ejercicio de la profesión. El art. 2,2 del CEDM remite la concreción de esta materia a los Estatutos[61]. En los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, en su título VIII[62], se establece un listado de faltas deontológicas y su sanción distinguiendo entre faltas leves, menos leves, graves y muy graves[63] (lista que está bastante desfasada y necesitaría ser revisada y actualizada), así como el procedimiento a seguir para el régimen disciplinario, procedimiento que lógicamente, tiene sus raíces ancladas en las normas de procedimiento administrativo ordinario.

2.2.2. Códigos de deontología: tipos de normas que en él se contienen

Según Sánchez Calvo, las normas deontológicas tienen «auténtico valor normativo», «son auténticas normas jurídicas»[64]. El fundamento de esta afirmación estribaría, para este autor, en que son normas dictadas por los Colegios profesionales en el ejercicio de su función de ordenación de la actividad profesional y negarles tal carácter, dejaría sin efectividad esa función y la propia esencia de los Colegios[65]. Debido a la complejidad del tema, creo que esta afirmación debe ser matizada dados los distintos tipos de normas que existen (con el término «norma» se designa muchas realidades distintas —normas morales, las sociales y las jurídicas— todas ellas, de un modo u otro, influyen y tratan de reglar el comportamiento de las persona, de ordenar las conductas) y los distintos tipos de

60 López González, *op.cit*., 160.

61 Dice el art. 2,2: «El incumplimiento de *alguna* de las normas de este Código supone incurrir en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial, cuya corrección se hará a través del procedimiento normativo en ellos establecido».

62 Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, aprobados por Real Decreto 1018/1980. Título VIII: Régimen disciplinario. El art. 64,5 de esos Estatutos señala: «el incumplimiento de las normas del Código Deontológico... será calificado por similitud a los incluidos en... este artículo». Lo cual ha generado problemas con el principio de legalidad que exige la tipificación de la falta y su sanción y no admite la aplicación de criterios abstractos como la similitud. Si bien existen sentencias tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional en que señalan que al tratarse de relaciones de sujeción especial se admite este tipo de referencias. No obstante ya se alzan voces que señalan que sería necesario definir con la máxima precisión conductas merecedoras de reproche deontológico, una lista tasada de faltas bien tipificadas. Herranz, *op.cit*., 2000, 14.

63 Sobre el contenido de esa distinción véase Lizarraga, E., «El médico ante los Colegios Profesionales. Deontología médica», en *Derecho Médico. Tratado de Derecho Sanitario*, Martínez-Calcerrada y de Lorenzo (coords.), Colex, Madrid, 2001, 358-359.

64 Calvo Sánchez, *op.cit*., 639-640.

65 *Ibid*., 640.

normas que podemos encontrar en un Código deontológico.

Si los Códigos de deontología contienen normas deontológicas está claro que tienen valor normativo, que «norman» u ordenan la actividad profesional. Pero si al decir normativo nos referimos a valor jurídico o legal —que parece ser lo que quiere decir Sánchez Calvo—, eso no se puede predicar con carácter general del Código deontológico. Lo que sí se puede decir es que algunas de sus normas tienen virtualidad jurídica por distintos motivos que ahora analizaremos. Toda norma se basa en los criterios de autoridad, racionalidad y eficacia. Las normas contenidas en los Códigos deontológicos es evidente que tienen racionalidad, su eficacia se busca con el sistema sancionador y su autoridad emana de la *autoritas* del Colegio, pero no se puede decir en ningún caso que sean leyes. Si fueran normas jurídicas de primer grado, está claro que ni su elaboración, ni el control de su cumplimiento quedaría en manos de los Colegios profesionales sino que serían los órganos legislativos y judiciales comunes los únicos legitimados para llevar a cabo las dos tareas mencionadas. Así pues entiendo que es preferible partir de la afirmación contraria a la de Sánchez Calvo, diciendo que los Códigos deontológicos se mueven, en principio, en el plano de la ética o moral objetiva, pero sus peculiaridades en cuanto al carácter público del órgano del que emanan y la sanción que llevan aparejada algunos de sus supuestos hacen que ocupe un escalón intermedio entre el deber puramente moral y el propiamente jurídico.

Por un lado, efectivamente los Códigos deontológicos emanan de la potestad normativa, autoreguladora conferida a los Colegios profesionales, y eso les otorga una naturaleza de norma secundaria o reglamentaria o de norma puramente interna de los Colegios[66]. Es decir, que dentro de la jerarquía normativa jurídica ocupan el escalón más bajo. Al proceder de poderes públicos menores o sectoriales, son normas secundarias que se integran en el ordenamiento jurídico general[67].

Pero, por otro lado, lo propio de los Códigos de deontología, y también el CEDM lo hace, es ejercer una función informativa, de guía, consejo e inspiración para el profesional, en este caso el médico, que éste ha de asumir por sí mismo[68]. En este sentido, sugiere al médico la práctica asidua de ciertos valores y virtudes sociales convenientes al ejercicio profesional que nunca una ley podría imponer, de ahí que el Código amplifique la función de garantista del Estado sobre la calidad de los servicios profesionales[69]. En cuanto ética codificada, el CEDM tiene también una función regulativa y directiva de las conductas. Orienta pero también dirige

66 Lizarraga, *op.cit*., 354.

67 Fanlo Loras en Martin-Retortillo 1996, p. 121.

68 Herranz, *op.cit*., 2000, 7. El propio Prof. Herranz señala en otra de sus obras que el Código más que mandar «prefiere recomendar y aconsejar: aspira a que el médico acepte y haga suyas las normas porque son razonables y propias de la vocación profesional; espera que el colegiado se las imponga a si mismo como un deber que no sólo le compromete, sino que le garantiza también la calidad humana y técnica de sus servicios». Herranz, *op.cit*., 1992, 3.

69 Herranz, *op.cit*., 2000, 9.

y sanciona las conductas que se desvían. Es esta última función que no se contiene en el propio Código sino que viene determinada en los Estatutos, la que hace que «esas» normas no sean meras normas morales, que obligan sólo en conciencia. Se hace preciso pues distinguir entre las normas de conducta cuyo incumplimiento carece de sanción disciplinaria de las que, por el contrario, sí que llevan aparejada sanción. E incluso es posible hablar de una tercera categoría de normas que recogen en lenguaje deontológico lo establecido —generalmente después— en un precepto legal.

Todas estas normas emanan de la autoridad colegial y sin embargo su valor no es el mismo. En los orígenes de la profesión médica todas las normas deontológicas pertenecían a la primera categoría. Con el paso del tiempo y fundamentalmente al crearse los Colegios Profesionales y ser concebidos como instituciones de Derecho público cuya autoregulación y posibilidad de sanción venía respaldada por los mecanismos del derecho público, los preceptos de sus Códigos empezaron a adquirir ese carácter normativo secundario. En la actualidad se observa un trasvase de lo deontológico a lo jurídico, es decir algunas de las conductas que eran recomendadas para el buen ejercicio de la profesión, han pasado a estar reguladas por leyes específicas (piénsese por ejemplo en 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) pasando a ser exigibles ética, colegial y legalmente. Esas conductas son las que tienen que ver con aspectos de la actividad de los médicos que van más allá de lo meramente privado y afectan a la vertiente externa de la relación con el paciente.

No obstante hay muchos aspectos dentro del ámbito médico que no pueden ser regulados mediante disposiciones legales porque poseen el carácter de deberes y derechos puramente morales[70]. Esos deberes morales son los que constituyen el campo más propio de la ética y deontología médica, siendo los preceptos que se refieren a estas materias de carácter positivo, es decir, que su objeto no es prohibir o condenar ciertas acciones sino inspirar y animar al médico a practicar la medicina con dignidad y competencia[71].

Cuando las normas deontológicas vienen acompañadas de una sanción, está claro que su fuerza vinculante es superior y no se puede decir que sean meras normas morales[72]. Así lo ha puesto de relieve

70 Los Códigos de deontología recogen principalmente las obligaciones de beneficencia, no maleficencia y justicia específicas de la profesión médica. Hay quien señala que las dos últimas son exigibles además de moralmente, jurídicamente; mientras que las de beneficencia sólo moralmente a través del Colegio profesional que tiene potestad incluso de sancionarlo, pero lo que es imposible es que un profesional de la medicina sea procesado judicialmente por incumplir sus deberes de beneficencia, cosa que por el contrario sí que ocurre cuando lo que vulnera son sus deberes de no maledicencia y justicia. Simón Lorda, *op.cit.*, 244.

71 Herranz, *op.cit.*, 1992, 5-6.

72 Las normas morales se caracterizan: por regular los actos internos; ser autónomas, provenir del propio individuo; no tener límites espacio-temporales; y, fundamentalmente porque en caso de infracción tienen una sanción interna (conciencia) que puede ir acompañado de un cierto carácter

también nuestra jurisprudencia. Cabe mencionar, a título de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/1989, de 21 de diciembre, donde el alto Tribunal dice que las normas deontológicas no son un catálogo de deberes morales, sino que tienen consecuencias de tipo disciplinario. Añadiendo que al establecer una serie de deberes de obligado cumplimiento no se puede decir que sean consejos acerca de un comportamiento deseable y que, tanto en la tradición colegial como en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, han sido sancionadas, lo cual hace que tengan la «cualidad de ley» para los colegiados y de ley de obligado cumplimiento. Cuando el TC dice esto no se está refiriendo a todas las normas contenidas en los Códigos deontológicos, ni está queriendo decir que las normas de deontología tengan el rango normativo de ley. El Tribunal Constitucional se refiere sólo a las normas que llevan aparejadas una sanción y al decir que tienen «cualidad de ley» o «fuerza de ley», de lo que está hablando es del tipo de vínculo y obligación que genera para los profesionales de la medicina. No se está hablando de categorías normativas sino de fuerza normativa vinculante. Esa expresión también se utiliza para decir que los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, en el sentido de que les vincula a su cumplimiento «como si» fuera una ley, cosa que evidentemente no son. Es decir que tales normas deontológicas, las que tienen sanciones disciplinarias, son normas de obligado cumplimiento que obligan al médico «como si» fueran leyes.

Desde un punto de vista estrictamente normativo, los Códigos deontológicos son normas de segundo grado, normas secundarias y su fuerza vinculante emana de la *autoritas* del Colegio, *autoritas* que se ve reforzada y respaldada por la delegación y control de los poderes públicos. Vinculación que es más fuerte en el caso del conjunto de normas deontológicas que llevan aparejadas una sanción disciplinaria. No obstante, entiendo que el valor y la fuerza real de los Códigos deontológicos en sentido global, tomándolos en su conjunto y no «despiezándolos» normativamente, se encuentra no tanto en ese reconocimiento externo por parte del Estado sino en lo que tienen de autorregulación, de manifestación en toda su extensión e intensidad de los compromisos éticos a los que los profesionales se vinculan con su adhesión personal. La fuerza no les viene de fuera sino de dentro. Cosa distinta es que jurídicamente se pueda hablar de fuerza de ley de algunas de esas normas, pero una vez más conviene distinguir planos y mantenerlos separados para que cumplan sus funciones. La fuente prioritaria de estos Códigos (por más que en su designación se emplee nomenclatura jurídica) son unos principios, unos usos... conceptos jurídicos indeterminados que no conviene tratar de «normativizar». Creo que no es bueno mantener un criterio normativista con relación a los Códigos deontológicos. La ética profesional no necesita de muchas normas jurídicas.

externo (repulsa social) pero en todo caso es una sanción que no está institucionalizada, es decir, que no existen órganos encargados de aplicarlas. Atienza, M., *Tres Lecciones de Teoría del Derecho*, Club Universitario, Alicante, 2000, 86-88.

3. El derecho médico

3.1. El derecho

Antes de abordar específicamente qué es el Derecho médico y su relación con la materia que venimos abordando se hace preciso señalar unas pinceladas básicas sobre el Derecho en general.

El Derecho, al igual que la Medicina, es una ciencia práctica o arte, es la ciencia de lo justo[73]. En ella, la ley obra como un instrumento que sirve para ordenar racionalmente las conductas, pero es un instrumento del Derecho, no el Derecho mismo y esto es necesario aclararlo de partida porque en nuestros días la tendencia es precisamente caer en el error de identificar Derecho y ley, entendiendo que no hay más Derecho que el que se encuentra positivado, recogido en las leyes. Hacer las leyes es un arte que corresponde a los políticos, mientras que el jurista es el que dice qué conducta social es ordenada, en relación a la justicia, es decir, habla de un obrar o no obrar en un sentido determinado porque es lo justo en relación a otro o en relación al cuerpo social[74]. Así pues la finalidad del Derecho es el orden social justo; y la finalidad propia del profesional del Derecho, del jurista, es el cuidado de la relación social, la justicia en esa relación en la que cada cual tiene lo suyo y lo usa sin interferencias. Exigencia de justicia que se encuentra en la raíz, en la naturaleza de la persona, de tal manera que es algo que el hombre tiene por sí mismo y no por concesión de los Parlamentos, de los Gobiernos o de la sociedad. Es decir que la noción de Derecho se basa en una exigencia de raíz de la persona[75]. El Derecho es un instrumento al servicio de la persona, es garante y servidor de la persona en la vida de relación[76]. La persona pues, se nos revela como el eje común que el Derecho tiene con la Moral y la Etica y, por tanto, con la Deontología.

Es cierto que el jurista no es un moralista pero muchas veces esa protección a la persona, ese tener en cuenta a la persona y, en concreto, al débil, es un cauce por el que la Moral, lo moral, penetra en el Derecho. Por ejemplo, mucho del nuevo formalismo que se observa en nuestro actual Derecho es un formalismo de «signo protector»[77], un mecanismo que emplea el Derecho para proteger a quien considera el débil (el consumidor, el ignorante, el enfermo...). Incluso la misma exigencia de responsabilidad médica (acciones de responsabilidad contra médicos y centros médicos) responde a una nueva forma de entender el deber moral —que también es jurídico— de reparar un perjuicio. Deber que se acoge al principio *alterum non laedere* (principio jurídico pero también ético-moral). Si bien resulta curiosa esa nueva forma de entender el deber jurídico de reparar el daño que rechaza fundarse en la idea de culpa y prefiere otros criterios de referencia con menores connotaciones moralizantes, como los

73 «El Derecho está en camino permanente hacia la realización de la justicia, que es una virtud moral». Doral, *op.cit*., 25.

74 Hervada y Muñoz, *op.cit*., 36.

75 *Ibid*., 109.

76 Doral, *op.cit*., 11.

77 *Ibid*., 28.

criterios de daño o lesión. En todo caso, lo moral encuentra siempre sus cauces para penetrar en el Derecho.

Pero decíamos que el jurista no es un moralista, efectivamente el aspecto jurídico y el aspecto moral de una acción humana son distintos. La realidad que se mira, la acción, la conducta, es la misma pero la perspectiva es distinta. El Derecho por medio de las leyes se refiere a la conducta humana en un aspecto bien concreto, el de la participación de la persona en el bien común o el interés general[78]. La finalidad de las leyes es el bien común, son reglas que ordenan la vida social en relación al bien común, es decir que las leyes en lo que atañe a su regulación y cumplimiento se limitan a la obra externa, mientras que la moral entra en la interioridad del que obra. Son muchas las diferencias entre Moral y Derecho[79] y, a pesar de coincidir en su destinatario y eje, es bueno aceptar sus diferencias y saber distinguir entre lo que es moralmente lícito y legalmente permitido, de modo que hay conductas que siendo legalmente admitidas pueden ser moralmente reprobables. Es decir que porque algo esté legalmente admitido no se transforma su calificación moral[80], como si los principios morales cambiaran a golpe de leyes. Son planos distintos y el uno no absorbe ni elimina al otro en ninguna de las dos direcciones.

Existen distintos modos de entender las relaciones entre ética y ley[81], vamos a señalarlos sucintamente para ver cuál es el modo actual, los problemas que plantea y el modo que sería más conveniente y útil sostener.

Por un lado está la postura de los que entienden que el Estado debe ser la gran conciencia moral de la sociedad, razón por la que la ley ha de contener y explicitar los «máximos morales», de tal manera que en caso contrario la ley se considera inmoral e injusta. Esto es propio del pensamiento racional que llevado al extremo piensa que es posible elaborar una legislación racional completa tan perfecta como un tratado de matemáticas, de forma que estén previstas todas las situaciones posibles, aun antes de que se produzcan. Para este racionalismo extremo la ley ha de ser la expresión máxima de la moralidad, y para ello la legislación ha de estar racional-

78 Hervada y Muñoz, *op.cit*., 104.

79 Tradicionalmente se han señalado los siguientes aspectos distintivos: por el origen, la ley es obra humana, la moral no; por la modificación, pueden modificarse las leyes sin que cambie el fundamento moral, la moral es más permanente; por los actos, los actos jurídicos se califican según su naturaleza, mientras que la moral por el comportamiento; por la sociedad, las normas jurídicas son necesarias para la convivencia pacífica, las morales para la subsistencia de la sociedad. Doral, *op.cit*., 11, nota 24.

80 «Hoy es muy común confundir lo legal con lo moral. El concepto de legalidad expresa una relación externa de nuestros actos con las leyes y normas dictadas por el legislador. El concepto de moralidad expresa, en cambio, una relación intensa de nuestros actos con la norma interna de la conciencia, pero no creada por la conciencia misma. En nuestros días, tienden muchas corrientes éticas a sustituir lo moral por lo meramente legal». Gascón, D., «La articulación entre la ley moral y la ley civil», *Symposium internacional de Bioética*, Aula de cultura de Caja Murcia, Murcia, 2000, 73.

81 Esta clasificación ha sido tomada de Gracia, *op.cit*., 575-576.

mente hecha. El resultado de esta postura es que desaparece la Moral, todo queda convertido en Derecho. La preeminencia de lo moral es tal que salta de su esfera y se juridifica, de tal manera que toda ley queda condicionada por sus parámetros. Ya no son dos esferas sino una sóla. Esto que a primera vista puede parecer una solución óptima, no cuenta con los riesgos que entraña dejar lo moral a merced de la contingencia jurídica, ni los problemas que plantea juridificar una ética de máximos aplicándole todo el aparato coactivo y de exigibilidad del Derecho.

En el polo opuesto se sitúan quienes entienden que en el orden civil y social solo podrá considerarse bueno o malo aquello que la mayoría de la población esté dispuesta a aceptar como tal. Es decir, se entiende que el mecanismo que en democracia sirve para dotarse legítimamente de normas jurídicas no sólo es válido también para dotarse de normas morales, sino que se convierte en su única fuente. La ética civil se convierte así en una ética del «consenso de intereses» o del «pacto estratégico». Algo se considerará bueno en el orden civil cuando sea aceptado mediante este tipo de consenso o pacto y malo en el caso contrario. Este es el planteamiento que está en la base de los regímenes democráticos, este es el planteamiento que se da entre nosotros en la actualidad. Al ser la democracia garante de la tolerancia y el respeto recíproco entre las personas, el relativismo ético es algo que habitualmente lo acompaña. Se entiende que puesto que todos los que intervienen en el pacto son personas y deciden de acuerdo a su moralidad, hay que suponer que las decisiones de la mayoría contienen la máxima moralidad posible. Cuando el resultado indica lo contrario, es decir, cuando la mayoría de la población elige o aprueba algo que parece objetivamente malo, eso se debe o a que en la situación concreta de esa sociedad eso no es malo (o es el mal menor), de modo que la estimación de ese hecho como malo se debe a que lo estamos juzgando desde fuera y abstractamente; o a que la mayoría de los individuos de esa sociedad no es capaz de percibir el valor moral que está en juego; o a que lo percibe pero quiere actuar mal, que opta por el mal. De tal manera que la moral civil de un pueblo puede aceptar cosas malas como buenas y situarse de este modo «bajo mínimos». El problema de este planteamiento es que se olvida de que la moralidad no depende del consenso, ni de ser aceptada por todos o por la gran mayoría[82]. Los procedimientos democráticos y de consenso son importantes y necesarios pero no se hayan auténticamente legitimados más que cuando respetan unas ciertas reglas de juego y unos mínimos morales. Pensar que el pueblo soberano es capaz de darse a sí mismo legítimamente por este medio las normas para orientar y ordenar moralmente su vida en cada momento, sean cuales sean los contenidos de las mismas, es un error[83]. El referente de moralidad no está en la mayoría sino en la exigencia de trato ínsita de raíz en la naturaleza humana. Todo hombre es persona, sujeto de derechos y deberes que se derivan de su propia naturaleza y el res-

82 Doral, *op.cit.*, 30.
83 Gascón, *op.cit.*, 72.

peto a esa realidad debe de ser el criterio de la moralidad. En este planteamiento también se produce una desaparición de los dos planos pero precisamente porque el Derecho invade lo moral atribuyéndose el criterio de determinarlo.

Por último, una tercera postura, que es la que algunos autores proponen como camino a seguir por las democracias y que, por mi parte, también estimo como la más conveniente, es la denominada «ética de mínimos». Esta ética considera que el consenso y la democracia no son posibles sin la aceptación de unos mínimos objetivos, entre los que se encuentran los llamados mínimos morales. Lo cual implica tener claras varias cosas: 1. que la Moral no es algo meramente convencional ni el resultado de un pacto, sino que puede fundamentarse objetivamente; 2. que la Moral tiene niveles, uno es el de la moral individual que se identifica con la ética de máximos propia de cada persona y otro el de la moral civil o conjunto de mínimos requeridos para que la vida en sociedad sea éticamente digna; y 3. que Ética y Derecho son cosas distintas si bien están íntimamente relacionadas. Antaño el orden moral era el fundamento de la ley civil, en la actualidad el nexo existente entre ley civil y moral se ha rebajado de tal manera que la ley se funda principalmente sobre la base de su propia autoridad, pero eso no quita para que siga existiendo esa conexión que debe ser respetada. Se trata pues de aceptar que estamos ante dos ámbitos autónomos aunque con relaciones e influencias recíprocas. Sólo de este modo Moral y Derecho pueden actuar e interactuar entre ellas: la Ética o Moral como instancia crítica del Derecho y el Derecho como plasmación positiva y práctica de la Ética.

3.2. El derecho médico

Vistas estas cuestiones conceptuales generales, ya podemos centrarnos en el Derecho médico. Desde hace relativamente pocos años se ha empezado a hablar del Derecho Médico como una disciplina que ha ido ganando en autonomía propia. Desde el punto de vista de los profesionales de la medicina recibe el nombre de Derecho médico el conjunto de disposiciones legales que regula el ejercicio de la profesión médica en general, así como los derechos y obligaciones del médico[84]. Desde el punto de vista del jurista la cuestión es más compleja. El denominado Derecho médico no constituye una realidad homogénea sino que dentro de él podemos distinguir leyes y materias variadas por su procedencia, naturaleza y contenido. Una parte diferenciada del Derecho médico lo constituye el denominado Derecho Sanitario que es la regulación sectorial que hace el Derecho Administrativo (Derecho público) de esta profesión. Como ha quedado indicado más arriba, es el Estado quien tiene competencia exclusiva para regular el ejercicio de las profesiones, pues bien todas las normas que emanan del Estado con incidencia directa en la regulación del sector médico, constituyen este denominado Derecho Sanitario. Así en este apartado concreto se encuentran las normas de regulación

84 Casas Sánchez, J.D y Rodríguez Albarrán, M.S (dirs.), *Manual de Medicina Legal y Forense*, Colex, Madrid, 2000, 43.

general de la profesión médica (relativas a la licenciatura universitaria, estudios superiores y especialidades); las normas de regulación especial de la profesión médica (regulaciones específicas de los cuerpos médicos); y normas sobre aspectos concretos que se plantean en el ejercicio de la profesión (normas sobre autopsias clínicas; reproducción asistida; extracción y trasplante de órganos; farmacia y medicamentos; etc.). Todas estas normas regulan el ejercicio de la profesión y son de Derecho público.

Junto a esta parte del Derecho médico, que es la más extensa y prolija en normativa, existe otra parte que en las últimas décadas ha adquirido una relevancia desmedida y ha generado preocupación y desasosiego entre los profesionales de la medicina por la litigiosidad que se ha producido. Se trata de la regulación relativa a la responsabilidad médica. La responsabilidad médica no se encuentra regulada en leyes específicas para este sector sino que encuentra su base en la regulación general relativa a responsabilidad extracontractual (Código civil, Derecho privado) y relativa a responsabilidad patrimonial de la Administración (leyes administrativas, Derecho Público). Ambas regulaciones se aplican al ejercicio de la profesión en el ámbito de la sanidad privada y pública respectivamente. De modo que se puede decir que su desarrollo específico se ha producido vía jurisprudencial en la resolución de los numerosos casos que se han ido planteando tanto en la jurisdicción civil como en la contencioso-administrativa en los últimos años. Es decir, que esta parte del Derecho médico carece, en principio, de normas específicas y su contenido se compone más bien por la aplicación jurisprudencial de las reglas generales de responsabilidad a los supuestos concretos que se van produciendo. De este modo esta materia está siendo objeto de las fluctuaciones que a nivel general se están produciendo en el ámbito de la responsabilidad extracontractual (privada y pública).

El ejercicio de la medicina en el ámbito privado implica la realización de una actividad privada y como tal queda enmarcada dentro del ámbito del Derecho privado, de ahí que se le apliquen las disposiciones generales del Código civil relativas a responsabilidad contractual y extracontractual y la jurisdicción competente para conocer de esos casos sea la civil. Lo característico en este ámbito es que la responsabilidad del facultativo es siempre de carácter subjetivo (art. 1902 Cc): el médico sólo es responsable si la conducta que produjo el daño en el paciente se puede calificar de negligente. En estos casos se suele demandar conjuntamente a la Clínica privada en la que tuvo lugar el acto médico que sería responsable por la actuación negligente de su dependiente, en virtud de lo dispuesto en el art. 1903, 4º Cc. En este segundo caso la condena —de apreciarse tal negligencia— suele ser solidaria, dirigiéndose el perjudicado para el cobro al Centro y pudiendo éste, según el art. 1904 repetir la cantidad pagada sobre el facultativo.

Si el centro en el que se desarrolla la actividad médica es un centro público —y hay que tener en cuenta que en España la atención sanitaria se presta mayoritariamente en centros dependientes del Insalud—, las cosas cambian ya que nos en-

contramos ante el desarrollo de un servicio público, las leyes a aplicar son de Derecho público y la jurisdicción competente para conocer de los conflictos que se deriven de esa actividad es la contencioso-administrativa. Las reglas establecidas para la responsabilidad civil de la Administración responden a principios bien distintos de los civiles para los mismos supuestos, pues la regla en el ámbito de la responsabilidad de la administración es la objetividad y no la subjetividad (la Administración responde de forma directa y objetiva tanto por el funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos). Regla ésta que se viene matizando en los últimos tiempos y más con relación a la práctica de la medicina, distinguiendose que una cosa es la responsabilidad del concreto médico que presta sus servicios en un centro público y otra cosa es la responsabilidad de la Administración en cuanto titular de ese centro. La responsabilidad del concreto facultativo es subjetiva o por culpa, lo mismo que si presta sus servicios en un centro privado; mientras que la objetivación se predica de la responsabilidad de la Administración.

Lo propio del Derecho médico en esta vertiente es analizar la conducta del médico siempre y sólo si de ella se ha derivado un daño para el paciente, análisis que se realiza para establecer su responsabilidad y deber de reparación. Así pues cuando se habla de responsabilidad del médico en el ejercicio de su profesión ésto puede ser leído a muchos niveles: a nivel moral; a nivel disciplinario propio colegial; a nivel civil y administrativo; e incluso penal si se incurre en una conducta tipificada como delito o falta por el Código Penal.

En definitiva podemos decir que el Derecho médico está compuesto en una parte importante por leyes sectoriales administrativas (Derecho legislativo); pero en otra parte no menos importante también por las decisiones jurisprudenciales relativas a responsabilidad (Derecho judicial). La influencia de la Deontología médica en relación con el Derecho médico se puede producir con relación a esta última. Los jueces por vía directa no pueden aplicar las normas contenidas de los Códigos deontológicos pues sólo se encuentran vinculados por la ley, pero sí que las pueden tener en cuenta como criterios para moderar sus decisiones (como ya ha sucedido en alguna sentencia de nuestros Tribunales). En este sentido tiene interés que los Códigos deontológicos no se normativicen en exceso sino que mantengan su contenido formado por principios generales y conceptos jurídicos indeterminados que dan margen al juez para adaptarlos con carácter no automático, convirtiéndose de este modo en otra vía por la que la Moral, la Etica, penetran en el Derecho[85].

4. El distanciamiento entre deontología y derecho médico

A lo largo de esta exposición, ha ido quedando de relieve la distancia, la di-

85 Doral señala que hay un triple cauce de penetración de la Moral en el Derecho: «a través de las reglas o máximas, a través de la aplicación e interpretación de las normas y a través de la iniciativa o libertad personal». Doral, *op.cit.*, 15. La primera y segunda vías son las que darían margen al juez a la hora de tener en cuenta lo establecido en los Códigos deontológicos.

ferencia que existe entre Deontología y Derecho médico. Si bien los Códigos de deontología se puede decir que son un escalón intermedio entre el puro deber moral y el deber jurídico propio de las normas jurídicas, hablar de Deontología médica es hablar fundamentalmente de la dimensión moral del quehacer cotidiano de los médicos, mientras que hablar de Derecho médico es hablar de su dimensión jurídica. Uno hace referencia a la parte más «humana» de la labor médica, a la recta conducta médica debida que es asumida por el profesional y exigible por la sociedad en razón de una exigencia de trato ínsita en la propia naturaleza humana. El otro hace referencia también a la conducta médica pero en cuanto que ordenada hacia el bien común y el orden social justo. Bien común y orden social justo que también tienen por eje a la persona pero cuya concreción queda en manos del legislador quien al guiarse por las concepciones antropológicas dominantes y la moral social mayoritaria puede, en ciertos casos, conllevar conflictos morales o a que se cuestione la justicia de la ley. Uno y otro atañen a distintos «estratos» del profesional si bien tienen «zonas» comunes al ser concéntricos y girar sobre el mismo eje. En todo caso, el deber jurídico no sustituye ni elimina el deontológico. Han de complementarse por el bien del paciente y de la profesión.

Frente al *ethos* legal de quien cree que es suficiente —que «cumple»— si se atiene al mínimo legal, de quien se conforma con la mediocridad de aspirar simplemente a eludir acusaciones legales de negligencia, el verdadero profesional de la medicina se debe conducir por el *ethos* profesional que es el que marca el Código deontológico, donde uno aspira a la excelencia en su labor cotidiana porque su compromiso es con las personas concretas cuyo beneficio da sentido a su actividad[86]. El *ethos* legal coincide generalmente, en el caso médico, con el mínimo moral de cumplir con las obligaciones de no maleficencia y justicia, pero el médico ha de tender a más y es a cumplir, por iniciativa propia, con las obligaciones de beneficencia[87] (lo que antiguamente recogía ese *honeste vivere*). El horizonte de comportamiento del médico no puede ser sólo el del mero respeto a las normas jurídicas, sino que ha de ir más allá de éstas, de lo contrario, su actuación, no sólo en el ámbito de su profesión sino en cualquiera de sus ámbitos cotidianos, será ramplón y mediocre.

Un ejemplo de lo que queremos decir lo encontramos a raíz del art. 4,4 del CEDM, en este artículo se recogen los deberes de nunca dañar intencionadamente al enfermo y de excluir de la relación profesional no sólo cualquier conducta negligente, sino el retraso injustificado en la asistencia. Si se da en el profesional una conducta negligente de la que no se deriva daño para el paciente, eso supone un incumplimiento del Código de deontología que según su gravedad puede dar lugar a una sanción disciplinaria o simplemente quedarse en un reproche culpabilístico interno; sin embargo eso nunca daría lugar a la intervención del Derecho. Sin daño no hay

86 Cortina, *op.cit.*, 28.
87 Simón Lorda, *op.cit.*, 246.

intervención del Derecho. No digamos nada del último inciso, si el médico se retrasa injustificadamente en la atención del paciente, salvo que de ahí se derive un daño para el paciente (y se derive con relación de causalidad probada) tampoco eso da pie a que el Derecho intervenga. El Derecho se fija en la conducta en tanto que relevante para el otro. ¿Cómo sería la conducta del médico que prescindiera de la regla deontológica y optara exclusivamente por el *ethos* legal? ¿Puede ese tipo de conducta proponerse como modelo a los profesionales? Si se llegara a hacer así, el médico se convertiría en un funcionario y desaparecería la Medicina como arte. Es evidente que el Derecho en su búsqueda de un orden social justo necesita de la Etica y, en el ámbito de las profesiones, de la Deontología, dado que ésta no sólo establece las reglas de comportamiento adecuadas a los fines de la profesión, sino que además indirectamente consigue «elevar la moral» de la sociedad en su conjunto[88]. Jurídicamente eso no se puede exigir pero el Derecho cuenta con la valiosa existencia de esa otra esfera y ciencia que le complementa y le sirve de límite.

Por lo que se refiere al distanciamiento de dos planos que se mueven a distintos niveles pero de forma concéntrica, el máximo distanciamiento se produce cuando nos encontramos con una concepción positivista del Derecho y una Moral de conducta o de conciencia. El positivismo, el legalismo, esa visión del Derecho que lo reduce exclusivamente a las normas que emanan de la ley, requiere de un tipo de moral relativa o social y, ya lo hemos indicado, es la tendencia actual (Derecho legislativo y moral social) pues bien, este tandem encaja mal con la moral de conducta.

Aplicado esto al tema que venimos tratando, la relación entre Deontología y Derecho médico, este distanciamiento se puede producir y de hecho se está produciendo en algunos supuestos específicos. Nombraremos dos.

Por un lado, dentro de las normas sectoriales de Derecho público relativas al Derecho sanitario (lo que hemos denominado el Derecho legislativo en esta materia) hay alguna norma que choca no sólo con principios morales sino también con principios deontológicos contenidos en el CEDM. Por citar un caso conocido, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida[89] en los aspectos relativos a la selección de embriones humanos y el empleo en investigación de los desechados entra en conflicto con la Moral y con el art. 4 del CEDM (artículo que habla de los principios de respeto a la vida humana y dignidad de la persona, cuidado de la salud del individuo, atención diligente sin discriminación alguna, nunca perjudicar intencionadamente). Este choque ejemplifica una de las formas que hemos visto de relación entre Moral y Derecho. En este caso estas leyes aprobadas en el Parlamento por mayorías, responden a una nueva concepción moral social que acepta este tipo de actuaciones en función del fin que se busca con ellos, fin que se estima bueno. Pero son leyes

88 Cortina, *op.cit*., 21.

89 Modificada en 2003 y 2004.

que chocan con principios morales de lo que hemos llamado una moral de principios o de conciencia y también con lo regulado en el CEDM. Si se plantea este choque a nivel normativo estamos ante un problema de antinomia cosa que se produce cuando dos normas del mismo ordenamiento regulan la misma realidad de formas contradictorias. Planteado de este modo lleva las de perder la norma deontológica porque su rango normativo es el de norma secundaria, de naturaleza reglamentaria y, por tanto, su rango es inferior al de la ley, inferior a las normas de derecho sanitario. De ahí que no se persiga ni se sancione al médico que actúa dentro de los parámetros de esas leyes, ni jurídicamente, ni colegialmente. Pero el problema de fondo persiste y en casos así, la cuestión es poder garantizar a quien se ve inmerso en ellos el que pueda actuar conforme a sus principios y conciencia, es decir, que pueda alegar la denominada «cláusula de objeción de conciencia»[90]. De tal manera que no se vea obligado a llevar a cabo una conducta legalmente permitida pero cuya conciencia reprueba.

Por otro lado, en el otro ámbito del Derecho médico, el que hemos llamado Derecho judicial, también se puede observar otro choque y es el que plantea la tendencia actual dentro de la responsabilidad extracontractual hacia la exigencia de la responsabilidad sin culpa, la llamada responsabilidad por riesgo u objetiva. Esta tendencia que en principio se dice que no es predicable de la responsabilidad médica[91], se va colando y va encontrando cauces por los que va penetrando en este ámbito (minoritariamente sí, pero se va colando)[92]. Lo cual plantea la pregunta de si es moral exigir una responsabilidad sin culpa.

En definitiva, entiendo que es malo el distanciamiento por el cual el Derecho médico se independiza o aísla de cualquier criterio moral, pero igualmente es mala una dependencia del Derecho médico de una Moral democrática. En último término, todo el Derecho ha de ser construido por causa de la persona, de ahí que lo adecuado sea una buena la comunicación entre ambos planos. En este sentido, los Códigos deontológicos tienen un importante papel como instancia intermedia entre estas dos esferas.

Recibido 7-12-2004
Aceptado 28-02-2005

90 Para un estudio de este tema véase Gascón Abellán, M., *Obediencia al Derecho y Objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

91 «(S)u responsabilidad —la del médico— ha de basarse en una culpa incontestable, es decir, patente, que revele un desconocimiento cierto de sus deberes»; «resulta imprescindible para la apreciación de su responsabilidad el reproche culpabilístico» (Sentencias del Tribunal Supremo de 14 febrero 1985, 9 julio 1985, 21 noviembre 1985); «(...) en la conducta de los profesionales sanitarios queda descartada toda clase de responsabilidad más o menos objetiva» (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 febrero 1990 y 8 mayo 1991); «para que pueda surgir la responsabilidad del personal sanitario (...) se requiere ineludiblemente que haya intervenido culpa o negligencia por parte del facultativo que realizó el acto médico o clínico enjuiciado» (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2001).

92 Por ejemplo, a través de la aplicación del art. 28 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, aplicable a los servicios sanitarios donde se establece un tipo de responsabilidad que toda doctrina coincide en calificar de objetiva.