

La Revista de Responsabilidad Médica

***La responsabilidad civil de las
compañías de asistencia
sanitaria***

***La responsabilidad en la
protección de datos sanitarios***

***Aspectos jurídicos de
la responsabilidad
profesional del
médico en Cuba***

***Noções sobre a disciplina
jurídica da responsabilidade
médica no Brasil***

***Aspectos legales sobre
conservación de células
madre del cordón umbilical***

PATROCINA



La revista de Responsabilidad Médica

Edita: ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE DEFENSA MÉDICA

www.defensamedica.org

Dirección y Coordinación: M^a Inmaculada Salgado Gómez

Publicación cuatrimestral. Editada en Ourense-España

Depósito legal: OU-140-2012

ISSN: 2254-786X

Las colaboraciones son responsabilidad del autor. El editor no asume necesariamente sus contenidos

Prohibida la reproducción total o parcial por ningún medio, electrónico o cualquier otro sistema, de los artículos aparecidos en este número sin la autorización expresa por escrito del titular del copyright

Las fotografías han sido obtenidas de fuentes públicas, incluso internet

LAS BARBARIES DE LAS POLÍTICAS DE AHORRO **¿"Marcaje" de enfermos terminales?**

Hace unos días la lectura del siguiente titular publicado en el diario ABC nos hacía estremecer: «Cataluña obliga a los médicos a marcar a los enfermos terminales para ahorrar».

“¿Le sorprendería que este paciente muriera en los próximos doce meses?”, es la polémica pregunta a la que según ese Diario deben responder los facultativos, quedando condicionado, en caso afirmativo, «el tratamiento que recibirá el paciente a partir de aquel momento».

La noticia ha corrido como la pólvora, varios medios de comunicación se han hecho posteriormente eco de tan espeluznante titular, y las reacciones no se han hecho esperar, muchos colectivos ya han manifestado, como no podía ser menos, severas críticas a semejante medida.

¿Recuerdan ustedes aquellos episodios negros que marcaron a fuego una no tan lejana Historia de Europa?

El informe realizado por Disability Rights Advocates: "Forgotten Crimes. The Holocaust and people with disabilities" (Oakland, California. September 2001)*, nos ilustra de cómo el mayor asesino de Europa, Adolf Hitler, hablaba de "eliminar a los enfermos incurables"; de cómo la política nazi degeneró en extremas teorías eugenésicas que legitimaban la muerte de los débiles, a quienes se consideraba "inútiles para la sociedad" y una "carga económica para el Estado"; de cómo en 1933 el Ministerio de Justicia propuso una ley que autorizaba a los médicos a "acabar con las torturas de los pacientes incurables, bajo petición, en interés de la verdadera humanidad"; de cómo en septiembre de 1939 Hitler firmó un memorándum secreto por el que encargaba a Philip Bouhler y al Dr. Karl Brandt la responsabilidad de autorizar a los médicos para que garantizaran la "muerte por compasión" a los pacientes "enfermos incurables", dando así comienzo el programa de "eutanasia" en el marco de lo que los nazis llamaron programa "T-4". «Al principio se les recomendaba a los médicos y al personal de los hospitales que descuidasen a los pacientes, muriendo éstos entonces por inanición y por enfermedades».

El programa Aktion T-4 evolucionó hacia un esquema en el que "la ejecución clínica de los indefensos y de las personas enfermas crónicas se convirtió en una parte normal de la rutina médica y de la vida en comunidad". Su motivación no era la calidad de vida, sino la limpieza racial y el "ahorro económico". Los médicos de toda Alemania rellenaban cuestionarios para todos los pacientes crónicos de hospitales, sanatorios y asilos, luego enviaban los cuestionarios a otros comités de valoración de médicos que eran quienes determinaban qué pacientes debían ser asesinados.

El estudio y conocimiento de la Historia evita la comisión de errores pasados, por lo que estamos convencidos de que en una Europa del siglo XXI, y en un Estado Social, cualquier "marcaje" de personas enfermas sólo habrá de ir encaminado a una mejor y más digna atención sanitaria de las mismas... o no?.

Inmaculada Salgado
Directora
Presidenta AEDEME



*http://www.minusval2000.com/pdf/los_crmenes_olvidados.pdf

Sumario

3 *Editorial*

5 *La responsabilidad civil de las compañías de asistencia sanitaria*

39 *Aspectos legales y jurídicos sobre conservación de células madre procedentes de sangre del cordón umbilical*

52 *La responsabilidad en la protección de datos sanitarios*

73 *Noções sobre a disciplina jurídica da responsabilidade médica no Brasil*

118 *Aspectos jurídicos de la responsabilidad profesional del médico en Cuba*

132 *Bibliografía*

146 *Relación de Autores*

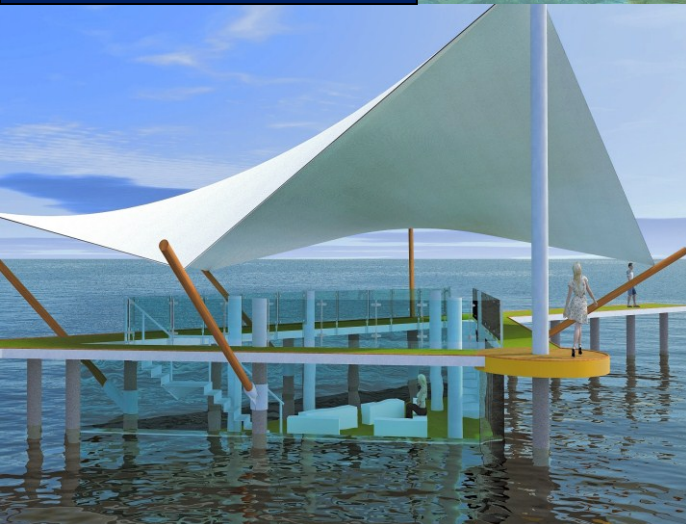


Cómpratelo por sólo 7.700 USD

Ahora puedes tener tu propio bungalow en una maravillosa isla privada con playas, palmeras, mar, corales y peces multicolores. Adquiere una semana de uso en la época del año que más te guste, y podrás disfrutarla durante 20 años. Puedes usar tus 20 semanas a tu antojo.



**Para más información
pincha aquí**



Ahora TÚ también eres una de esas personas especiales

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMPAÑÍAS DE ASISTENCIA SANITARIA

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MALUQUER

Abogado

Maluquer Advocats



INTRODUCCIÓN

Es el objeto del presente artículo presentar algunas notas y reflexiones acerca de la responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria, en caso de error, negligencia o disfunción, en la prestación sanitaria que el asegurado recibe al amparo de la póliza.

Estas notas y reflexiones no se plantean con ánimo alguno de erudición o exhaustividad, por supuesto, sino con el de hacer un repaso somero sobre aquellos aspectos de la jurisprudencia reciente (todas las sentencias que se citan son de la Sala Primera del Tribunal Supremo) que, referidos a la responsabilidad civil, más llaman mi atención, bien sea por la relevancia que les atribuyo,



bien por las dudas o la perplejidad que me causan cuando los afronto al ejercer la

defensa en el ámbito del seguro de asistencia sanitaria.

1. LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA EN CASO DE ERROR, NEGLIGENCIA O DISFUNCIÓN EN LA PRESTACIÓN SANITARIA QUE EL ASEGURADO RECIBE AL AMPARO DE LA PÓLIZA

La responsabilidad de las entidades de seguros de asistencia sanitaria por una mala praxis de los facultativos, personal sanitario o Centros médicos, tal y como señalan las sentencias de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 251) y 4 de junio de 2009 (RJ 33809), resume la sentencia de la Sala Primera de 4 de noviembre de 2010 (RJ 7988), ha venido reconociéndose o rechazándose por la jurisprudencia de esta Sala en función de diversos criterios aplicados, alternativa o combinadamente, en atención a las circunstancias de cada caso:

(a) Responsabilidad por hecho ajeno dimanante de la existencia de una relación de dependencia contemplada en el artículo 1903 I y IV CC. La existencia de una relación de dependencia no parece ofrecer duda en aquellos supuestos en los cuales la relación de los médicos con la aseguradora de asistencia

médica, es una relación de naturaleza laboral. Sin embargo, en la mayoría de los casos esta relación es la propia de un arrendamiento de servicios entre la entidad aseguradora y el prestador sanitario, según la califica habitualmente la jurisprudencia (SSTS de 12 de febrero de 1990 - RJ 677- y 10 de noviembre de 1999 - RJ 8057-). El hecho de que los facultativos presten sus servicios con total libertad de criterio, de acuerdo con sus conocimientos científicos y técnicos, sin interferencias de las aseguradoras, supone que en principio responde por sí mismo - siempre que reúna las cualidades adecuadas y por ello deba estimarse correctamente seleccionado por parte del empresario; y siempre que éste no ejerza una función de control sobre su actividad-, por lo que en alguna de estas sentencias se contempla algún elemento adicional, como el hecho de la elección directa del médico por la aseguradora.

(b) Responsabilidad derivada de naturaleza contractual que contrae la entidad aseguradora de la asistencia médica frente a sus asegurados, basada normalmente en asumir, más o menos explícitamente, que la aseguradora garantiza o asume el deber de prestación directa de la asistencia médica (SSTS de 4 de octubre de 2004 - RJ 6066 - y 17

La Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

de noviembre de 2004 - RJ 7238), con apoyo en los precedentes históricos del contrato de seguro de asistencia médica, pues en las mutuas e igualas no existía separación entre

la gestión del seguro y la prestación de la asistencia médica, y en el hecho de que el artículo 105 de la Ley de Contrato de Seguro establece como característica del seguro de asistencia sanitaria, frente al seguro de enfermedad o de reembolso, la circunstancia de que "el asegurador asume directamente la prestación de servicios médicos y quirúrgicos".

(c) Responsabilidad sanitaria con base en la llamada doctrina o principio de apariencia, o de los actos de publicidad que se integran en el contenido normativo del contrato con

El seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial. Se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo.

arreglo a la legislación de consumidores (STS de 2 de noviembre de 1999 - RJ 7988); el seguro se contrató en atención a la garantía de la calidad de los servicios que representa el prestigio de la compañía, con lo que sus obligaciones abarcan más allá de la simple gestión asistencial, y también en la STS de 4 de octubre de 2004 , en la que se toma en consideración que se garantizaba expresamente una correcta atención al enfermo). En todos estos casos, los médicos actúan como auxiliares de la aseguradora y en consecuencia corresponde a ésta la responsabilidad de la adecuada prestación a que se obliga a resultas del contrato frente al asegurado, dado que la actividad de los

auxiliares se encuentra comprometida por el deudor según la naturaleza misma de la prestación. La garantía de la prestación contractual se tiene en cuenta, pues, como criterio de imputación objetiva, cuando aparece que la posición de la compañía no es la de mero intermediario, sino la de garante del servicio. Desde esta perspectiva, la responsabilidad de la aseguradora tiene carácter contractual, pero no excluye la posible responsabilidad del profesional sanitario frente al paciente con carácter solidario respecto a la aseguradora y sin perjuicio de la acción de regreso de ésta contra su auxiliar contractual.

(d) Responsabilidad derivada de la existencia de una intervención directa de la aseguradora en la elección de los facultativos o en su actuación (STS 2 de noviembre de 1999). Este tipo de responsabilidad opera en el marco de la relación contractual determinante de una responsabilidad directa de la aseguradora, pero no es infrecuente la referencia a las disposiciones del Código Civil que regulan la responsabilidad por hecho de otro en el marco de la extracontractual. La sentencia de 21 de junio de 2006 (RJ

**El Cuadro Médico
más amplio
para que elijas
con libertad**

3080) parte del hecho de que la comadrona estaba incluida en el cuadro facultativo de la aseguradora, y otras, más numerosas, de las Audiencias Provinciales, suelen considerar suficiente la inclusión del facultativo en el

cuadro médico de la aseguradora para inferir la existencia de responsabilidad por parte de ésta derivada de la culpa in eligendo.

(e) Responsabilidad en aplicación de la Ley de Consumidores y Usuarios (artículos 26 y 28, en la redacción anterior al Real Decreto

La responsabilidad establecida por la legislación de consumidores, únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha.

Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Según la más reciente jurisprudencia, dada su específica naturaleza, este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la *lex artis ad hoc*. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS de 5 de febrero de 2001, - RJ 541-, 26 de marzo de 2004, 17 de noviembre de 2004 – RJ 7238), 5 de enero de 2007 – RJ 552- y 26 de abril de 2007 -RJ 3176).

Añade la sentencia:

Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio

de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados, estableciéndose así una



relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo.

El catálogo de criterios para apreciar la responsabilidad contractual o extracontractual de las aseguradoras de asistencia sanitaria y la coda relativa a la dependencia económica y funcional, muestran claramente dos cosas, a mi entender:

a) que el principio de indemnidad de la víctima, de inexcusable aplicación, por supuesto, lleva en ocasiones a una amalgama confusa de argumentos, en la que se mezclan la responsabilidad contractual y la extracontractual y cuyo fundamento no siempre resulta fácil vislumbrar o entender.

b) que la defensa autónoma de las aseguradoras de asistencia sanitaria, es decir, una defensa no vicaria de la corrección e idoneidad de la asistencia sanitaria prestada, es, hoy por hoy, inviable.

2. EL SOLAPAMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y LA EXTRACONTRACTUAL.

A mi modo de ver, la responsabilidad o es contractual, cuando, como dice el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 30 de mayo de este mismo año 2014 (JUR 187514), que recoge la doctrina expresada en la de esa misma Sala de fecha 22 de diciembre de 2009, el daño es consecuencia del incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de la relación contractual existente entre quien lo causa y quien lo sufre, o es extracontractual, cuando, como esa misma sentencia señala, el daño no ha sido causado en la estricta órbita de lo pactado porque, aunque haya acaecido en el transcurso de la ejecución del negocio, es ajeno a la naturaleza de este. En este último caso, la responsabilidad obedece a la infracción del deber genérico de no causar daño a otro, del que es expresión el artículo 1902 CC.

Cuando la infracción de un deber contractual causa un daño, se produce un solapamiento de la responsabilidad contractual y la extracontractual, que no justifica, a mi entender, ni la confusión entre una y otra ni aplicar indistintamente el régimen que a cada una corresponde.

Claro es que cuando la infracción de un deber contractual causa un daño, el deber genérico antes aludido se infringe también, de manera que se produce un solapamiento de la responsabilidad contractual y la

extracontractual, que si bien está en el origen de la doctrina de la *unidad de la culpa civil*, no justifica, a mi entender, ni la confusión entre una y otra ni aplicar indistintamente el régimen que a cada una corresponde.

Cuando se da el concurso de ambas responsabilidades, *contractual* y *extracontractual*, prevalece la primera si el daño sobreviene por un hecho realizado dentro de la órbita de lo pactado entre quien lo causa y quien lo sufre, en el desarrollo normal de la relación contractual que les vincula. Así lo señala la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2010 (RJ 7314) que sintetiza la posición actual sobre la doctrina de la *unidad de la culpa civil*.

Dice esa sentencia:

La distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada en aplicación del principio pro actione por la jurisprudencia, pero esto no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación procedente. La jurisprudencia (según dice la STS 29 de noviembre de 2005 -

La jurisprudencia admite que la acción por responsabilidad contractual, y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico, tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra.

RJ 2006, 36- haciendo referencia a la doctrina de la unidad de culpa civil invocada por la

parte recurrente) admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio

No cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil, fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa.

iuranovit curia, no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil fundándose en que el fundamento jurídico aplicable a los hechos es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa pero, como precisa la STS de 13 de marzo de 2008 (RJ 4349), en el caso de que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente.

Y, con respecto a la pretendida infracción del artículo 1.902 CC, señala:

Como cuarto motivo se alega la infracción del art. 1902 del Código Civil, en relación con la responsabilidad del fabricante de los motores y la extensión y alcance de la misma. Se desestima. Es cierto que existen situaciones en las que, en rigor, es difícil establecer si el daño es consecuencia del incumplimiento de una prestación inherente a la relación contractual

o no, esto es, como dice la sentencia "si una de las obligaciones derivadas del contrato era cabalmente la de no causar el tipo de daños producidos o, por el contrario, si el contrato ha servido de marco a una actividad generadora de daños, cuya evitabilidad se configura como una obligación más genérica, de dimensiones claramente extracontractuales". Ahora bien, en los supuestos en que el daño pueda enjuiciarse desde una doble vertiente, contractual, en virtud de una relación preexistente entre el responsable y la víctima del daño, o extracontractual, que presupone el daño con independencia de cualquier relación jurídica precedente entre las partes, aquella opera con carácter prioritario si los sujetos se encuentran ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene por un hecho realizado dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, en desarrollo normal del contrato, lo que excluye al fabricante de la condición de tercero extracontractual, por la que ha sido demandado, como aquí sucede.



Subrayo, por tanto, que en la hipótesis de que se alegue la infracción de la póliza de seguro de asistencia sanitaria entre asegurador y asegurado como consecuencia de una *prestación sanitaria incorrecta y dañosa*, la *responsabilidad contractual* del asegurador que se pretenda con base en esa infracción embebe la *extracontractual*, lo que debiera

comportar que fuera el régimen de la *responsabilidad contractual* el que hubiera de aplicarse. Por este motivo, sin perjuicio de dedicar unas líneas a la falta de fundamento, en la mayoría de los casos, de la *responsabilidad extracontractual* de las aseguradoras de asistencia sanitaria, centraré en la *responsabilidad contractual* el examen jurisprudencial de los elementos constitutivos de la responsabilidad civil:

- a) El hecho generador.
- b) Los factores de imputación del hecho generador -la culpa o negligencia- y los supuestos de responsabilidad objetiva.
- c) El daño resarcible.
- d) El nexo causal entre el hecho imputable y el daño resarcible.

3. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA

La *responsabilidad extracontractual* de las aseguradoras de asistencia sanitaria frente a sus asegurados carece, en mi opinión, de fundamento en la inmensa mayoría de los casos en que no existe entre ellas y los médicos y entidades sanitarias que atienden al asegurado una relación de dependencia jerárquica u organizativa que justifique la aplicación del párrafo cuarto del artículo 1903 del Código Civil (CC). Esa dependencia no se da en la mayoría de los casos: los médicos y las entidades sanitarias prestan la asistencia al asegurado según su propio criterio técnico, sin sujeción alguna, jerárquica u organizativa, a las aseguradoras de asistencia sanitaria; cumplen, por tanto, una obligación que asumen en su propio nombre y por su cuenta, aunque con cargo a la aseguradora.

Algunas sentencias del Tribunal Supremo, sin embargo, aducen, como hemos visto, que el arrendamiento por las aseguradoras de los servicios de médicos y entidades sanitarias para que atiendan a los asegurados, crea una relación de *dependencia económica y funcional* que justifica la aplicación del referido párrafo del artículo 1903 CC.

La mera inclusión del médico en la lista que la aseguradora entrega a los asegurados no es, a mi juicio, fundamento bastante de la responsabilidad extracontractual de la aseguradora, si el médico tiene la titulación adecuada y ha sido escogido por el asegurado de entre los de dicha lista.

No estoy seguro de entender lo que es una *dependencia económica y funcional* pero, a riesgo de errar en mi interpretación, he de decir que si se predica que esa dependencia existe en médicos y entidades sanitarias por el solo hecho de que ser incluidos por la aseguradora en un listado que entrega a los asegurados hace factible a unos y otras *funcionar y allegarse medios económicos*, esa *dependencia* no es en modo alguno, creo yo, la prevista en el artículo 1903 CC.

En la modalidad mayoritaria del seguro de salud, la que conocemos como *asistencia sanitaria*, las entidades aseguradoras carecen de un *cuadro médico propio* y no llevan a cabo una selección de médicos sino que se limitan a concertar con ellos la asistencia al asegurado y el precio por acto médico; la pericia del médico viene avalada por su titulación como facultativo y como especialista, que la aseguradora de asistencia

sanitaria no otorga ni puede otorgar. La mera inclusión del médico en la lista que la aseguradora entrega a los asegurados no es, a mi juicio, por tanto, fundamento bastante de la *responsabilidad extracontractual* de la aseguradora si el médico tiene la titulación adecuada y ha sido escogido por el asegurado de entre los de dicha lista.

Es cierto que en el caso de las entidades sanitarias (centros hospitalarios, por ejemplo) la posibilidad de elección del asegurado es menor porque menor es el número de las concertadas por las aseguradoras. Con todo, si, como sucede en la mayoría de los casos, la entidad sanitaria actúa no sujeta a dependencia jerárquica u organizativa de la aseguradora, no hay, a mi entender, fundamento para aplicar el artículo 1903.4 CC. Cabrá, a lo sumo, aplicar a las aseguradoras el artículo 1902 CC cuando pueda establecerse que, en la decisión de concertar los servicios para sus asegurados de una determinada entidad sanitaria, pasaron por alto inexcusablemente problemas de *dotación, organización y funcionamiento* de la entidad susceptibles por sí solas de poner en cuestión su pericia y capacidad para la prestación de los

En mi opinión, el solo hecho de que una entidad sanitaria perfectamente dotada de los medios humanos, organizativos y materiales para prestar a los asegurados los servicios concertados, incurra en una prestación sanitaria incorrecta y dañosa, no debiera generar la responsabilidad extracontractual de la aseguradora.

servicios concertados. En mi opinión, el solo hecho de que una *entidad sanitaria* perfectamente dotada de los medios humanos, organizativos y

materiales para prestar a los asegurados los servicios concertados incurra en una *prestación sanitaria incorrecta y dañosa*, no debiera generar la *responsabilidad extracontractual* de la aseguradora.

4. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LAS ASEGURADORAS DE ASISTENCIA SANITARIA

En palabras de la ya citada sentencia de 30 de mayo del presente año 2014, *“la responsabilidad debe considerarse contractual cuando a la preexistencia de un vínculo o relación jurídica de esa índole entre personas determinadas, se une la producción por una a la otra, de un daño que se manifiesta como la violación de aquel y, por lo tanto, cuando concurren un elemento objetivo (el daño ha de resultar del incumplimiento o deficiente cumplimiento de la reglamentación contractual, creada por las partes, e integrada conforme al artículo 1258 CC) y otro subjetivo (la relación de obligación en la que se localiza el incumplimiento o deficiente cumplimiento ha de mediar, precisamente, entre quien causa el daño y quien lo recibe)”*.



Pues bien, la *responsabilidad contractual* de la aseguradora de asistencia sanitaria frente al asegurado víctima de las deficiencias de un servicio sanitario cubierto por la póliza es, hoy en día, una constante jurisprudencial sobre la base (i) del contenido de las pólizas mismas,

que, en términos generales, no desmienten, al menos no de una manera incontestable, la prestación de la asistencia sanitaria por parte de la aseguradora, (ii) del tenor del artículo 105 LCS, que no parece reconocer otras modalidades de seguro que la de reembolso y la considerada *asistencia sanitaria* propiamente dicha, consistente en la asunción directa por la aseguradora de la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, y (iii) de la actividad comercial de las aseguradoras,

La Ley de Contrato de Seguro, a mi juicio, imposibilita excluir de los Seguros de Enfermedad y de Asistencia Sanitaria, la asistencia urgente.

focalizada en la asistencia sanitaria y no en la capacidad de obtener y organizar los medios necesarios para que el asegurado pueda tenerla cuando la precise.

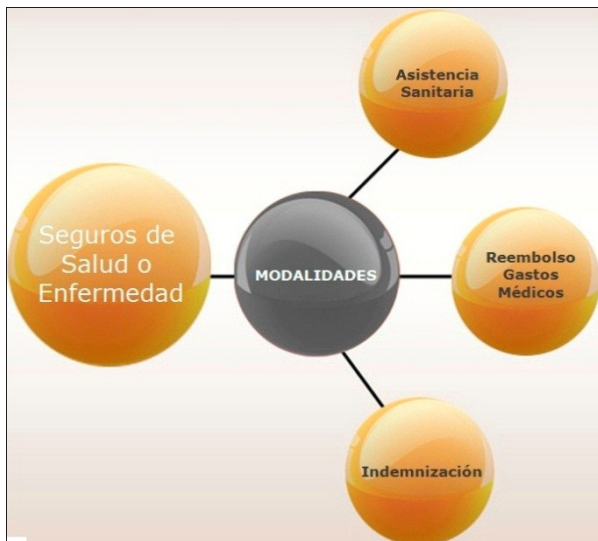
Como es bien sabido, la *Ley de Contrato de Seguro* (LCS) dedica a los *Seguros de Enfermedad y de Asistencia Sanitaria* la escueta Sección Cuarta del Título III, compuesta de dos únicos artículos, el 105 y el 106, de los que el segundo se limita a establecer la aplicación supletoria del seguro de accidentes lo que, a mi juicio, tiene dos efectos: la imposibilidad de excluir de los *Seguros de Enfermedad y de Asistencia Sanitaria* la asistencia urgente (art. 103 LCS) y la extensión de estos al denominado *seguro de subsidios e indemnizaciones* previsto en el artículo 104 LCS.

El tenor literal del artículo 105 es el siguiente:

Cuando el riesgo asegurado sea la enfermedad, el asegurador podrá obligarse, dentro de los límites de la póliza, en caso de siniestro, al pago de ciertas sumas y de los

gastos de asistencia médica y farmacéutica. Si el asegurador asume directamente la prestación de los servicios médicos y quirúrgicos, la realización de tales servicios se efectuará dentro de los límites y condiciones que las disposiciones reglamentarias determinan.

En la práctica, según se desprende de la *Memoria Social del Seguro Español* correspondiente a 2013, publicada por UNESPA, el denominado en términos generales *Seguro de Salud* tiene en España tres componentes, a saber:



-El **seguro de asistencia sanitaria**, que genera prestaciones de 3.420 millones de euros al año a los asegurados particulares (no funcionarios).

-El **seguro de reembolso**, supone algo más de 400 millones de euros al año en prestaciones, con datos de 2012.

-El **seguro de subsidios e indemnizaciones**, que supone unas prestaciones en torno a los 129 millones de euros al año.

Como digo, sobre el artículo 105 LCS y los otros dos pilares que he aludido, el Tribunal Supremo funda la *responsabilidad contractual*

de las aseguradoras del ramo del *seguro de asistencia sanitaria* en caso de error, negligencia o disfunción en la prestación sanitaria que el asegurado recibe al amparo de la póliza, al considerar, entiendo, que la *prestación esencial o típica* de las aseguradoras en el *seguro* mencionado es la *sanitaria*, de manera que esta, en definitiva, pasa a erigirse, *dentro de la rigurosa órbita de lo pactado*, en la *prestación característica* de la modalidad ampliamente mayoritaria del *Seguro de Salud* en nuestro país y, por ende, una defectuosa *prestación sanitaria* comporta incumplimiento del contrato de seguro de asistencia sanitaria que, si produce *daño*, genera la *responsabilidad contractual* de la aseguradora.

La sentencia de 19 de diciembre de 2008 (RJ 2009, 536), además de incidir en los efectos de la distinción entre la *responsabilidad contractual* y la *extracontractual*, señala en su fundamento de Derecho Tercero:

La recurrente argumenta que la responsabilidad se produjo en el marco de las relaciones contractuales, por incumplimiento del contrato de asistencia y pretende que esta Sala le dé la razón respecto de la naturaleza contractual de sus relaciones con el Sanatorio y la matrona demandados. Ello no es así.

La relación contractual de la recurrente se produjo con la aseguradora de asistencia sanitaria en cuya virtud fue atendida del parto en la clínica demandada. Aunque no se produzca concordancia directa con el caso planteado en el recurso que nos ocupa, es conveniente recordar aquí el resumen de las decisiones de esta Sala en relación a la imputación de responsabilidad a las entidades aseguradoras sanitarias, que se contiene en la

sentencia de 4 de diciembre de 2007 (RJ 2008, 39). Esta sentencia entiende que siempre hay un contrato con la aseguradora, en cuya virtud ésta debe responder, ya sea por concurrir culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero; en un sentido parecido se pronuncia la sentencia

Esta sentencia entiende que siempre hay un contrato con la aseguradora, en cuya virtud ésta debe responder, ya sea por concurrir culpa in eligendo, o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

de 8 de noviembre de 2007 (RJ 8253), con cita de las de 2 de noviembre de 1999 (RJ 7998) y 19 de junio de 2001 (RJ 4974). Por tanto, lo que debe concluirse inicialmente es que la recurrente había celebrado un contrato de asistencia sanitaria con una aseguradora a quien no demandó.

En desarrollo de este razonamiento, debe negarse la pretensión de la recurrente de extender la relación contractual a los profesionales sanitarios que le prestaron la asistencia negligente. El contrato de la matrona y de la clínica no se había concluido con D^a Yolanda, sino que tuvo lugar entre éstos y la aseguradora, que se los proporcionó a la ahora recurrente; por tanto, se trata de auxiliares en el cumplimiento de la obligación de la aseguradora, que no proporcionaba la asistencia por sí misma, sino a través de quienes había contratado para poder cumplir el contrato. En consecuencia, se produce en este caso un concurso de acciones: por

responsabilidad en el incumplimiento del contrato concluido con la aseguradora, y extracontractual respecto a los profesionales con quienes la recurrente no contrató. D^a Yolanda podía optar entre una u otra acción y así lo hizo, eligiendo ejercer la acción por la responsabilidad extracontractual, pero cada una de ellas tiene su plazo de prescripción propio, por lo que la opción se produce con todas sus consecuencias. La recurrente podía haberse dirigido contra los profesionales con quienes no ostentaba ningún vínculo contractual, porque estos incurrieron en culpa extracontractual, pero durante el tiempo de ejercicio de la propia acción, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1968, 2º CC es de 1 año.

De aquí que la responsabilidad de los profesionales y de la clínica demandada ha sido correctamente calificada en la sentencia recurrida como extracontractual y, por ello, se ha aplicado el plazo de prescripción fijado en el artículo 1968.2º CC, por lo que debe entenderse prescrita.

La sentencia de 16 de enero de 2011 (RJ 2012, 1784) incide en el solapamiento de la responsabilidad contractual y la extracontractual pero pone énfasis, a mi juicio, en la primera y, además, hace referencia también, como fundamentos de esa responsabilidad, al tenor del artículo 105 LCS pese a su posible ambigüedad e insuficiencia, y a la actividad comercial de las aseguradoras de asistencia sanitaria. Dice:

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, en los términos que autoriza la Ley de Contrato de Seguro y lo convenido en el contrato, y esta relación que se establece

entre una y otra parte garantiza al asegurado, entre otras cosas, las prestaciones sanitarias

Al asegurado se le garantiza la asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria que proceda, por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales.

incluidas en la póliza por medio de un cuadro médico que viene a actuar como auxiliares contractuales para la realización de las prestaciones, a partir de lo cual es posible responsabilizarla por los daños ocasionados, ya sea por concurrir culpa in eligendo o porque se trata de la responsabilidad por hecho de tercero.

Además, la obligación del asegurador no termina con la gestión asistencial, sino que va más allá, en atención a la garantía de la calidad de los servicios que afectan al prestigio de la compañía y consiguiente captación de clientela. El médico no es elegido por el paciente, sino que viene impuesto por la aseguradora dentro de los que pone a su disposición, y desde esta relación puede ser condenada por la actuación de quien presta el servicio en las condiciones previstas en la póliza, en razón de la existencia o no de responsabilidad médica o sanitaria. Estamos ante unas prestaciones que resultan del contrato de seguro, contrato que no se limita a cubrir los daños que se le producen al asegurado cuando tiene que asumir los costes para el restablecimiento de su salud, sino que se dirige a facilitar los servicios sanitarios incluidos en la póliza a través de facultativos, clínicas e instalaciones adecuadas, conforme

resulta del artículo 105 LCS, con criterios de selección que se desconocen, más allá de lo que exige la condición profesional y asistencial que permite hacerlo efectivo. Y si bien es cierto, como apunta algún sector de la doctrina, que posiblemente sería necesaria una mejor delimitación de los artículos 105 y 106 LCS, que estableciera el alcance de las respectivas obligaciones de las partes y su posición frente a los errores médicos y hospitalarios, también lo es que la redacción actual no permite otros criterios de aplicación que los que resultan de una reiterada jurisprudencia de esta Sala sobre el contenido y alcance de la norma y la responsabilidad que asumen las aseguradoras con ocasión de la defectuosa ejecución de las prestaciones sanitarias por los centros o profesionales, como auxiliares de las mismas en el ámbito de la prestación contractualmente convenida, en

La responsabilidad que asumen las aseguradoras, en unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos, se oferta como instrumento de captación de la clientela, bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

unos momentos en que la garantía y calidad de los servicios mediante sus cuadros médicos se oferta como instrumento de captación de la clientela bajo la apariencia y la garantía de un servicio sanitario atendido por la propia entidad.

La ya citada sentencia de 4 de noviembre de 2010 (RJ 7988), además de incidir también en el solapamiento de la *responsabilidad contractual* y la *extracontractual*, aunque fundando, a mi juicio, esta última en argumentos discutibles, como he señalado, pone el énfasis igualmente en la *responsabilidad contractual* de las aseguradoras de asistencia sanitaria, con estas palabras:

El asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz.

En el caso enjuiciado, ha de entenderse, como expresa la sentencia, que por medio del contrato de seguro de asistencia sanitaria celebrado entre la entidad codemandada y la codemandante "el asegurador se obliga no sólo a prestar la asistencia correspondiente al padecimiento (enfermedad o lesión) del asegurado, sino también la más segura y eficaz, alcanzando así a la elección del facultativo adecuado que se pone al servicio del cliente; prestación sanitaria que resultará defraudada si la asistencia recibida resulta incorrecta y conlleva graves consecuencias dañosas morales y materiales para el paciente, derivadas de una actuación negligente del facultativo elegido por el asegurado, dando lugar a una responsabilidad contractual por parte del asegurador por incorrecto cumplimiento de las prestaciones del contrato". Asimismo, el contrato de seguro de asistencia sanitaria exige la previa

concertación entre la entidad aseguradora y cada uno de los médicos y centros hospitalarios que forman su cuadro médico, lo cual se produce por medio de un contrato de arrendamiento de servicios, como ocurre en este caso entre los codemandados", estableciéndose así una relación de dependencia cuando menos económica y funcional que da lugar a la aplicación de la responsabilidad civil extracontractual por hecho ajeno, establecida con carácter general en el art. 1903,4º CC, caso de producirse daños y perjuicios concretos con motivo de una actuación culposa o negligente del facultativo.

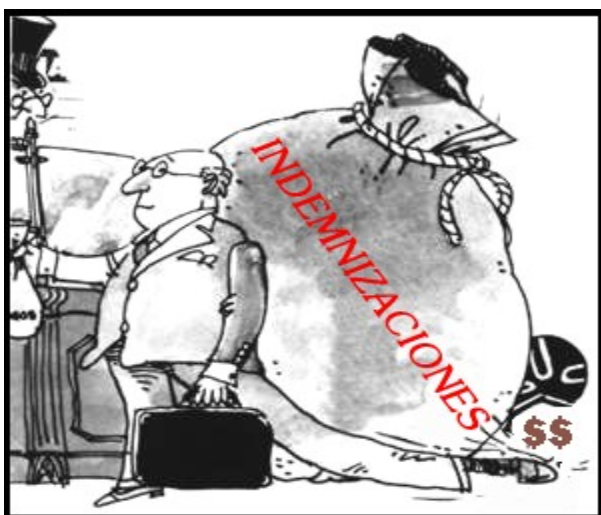
Se constata, a mi juicio, en la doctrina jurisprudencial expuesta que, no obstante establecerse la *responsabilidad contractual* de las aseguradoras de asistencia sanitaria, no hay una elaboración sistemática de esa responsabilidad y se sigue acudiendo a la *extracontractual* o a elementos de esta, con una amalgama de argumentos que crea una



cierta confusión. A mi entender, por ejemplo, la *responsabilidad contractual* es directa y propia, no es una responsabilidad por hecho ajeno ni precisa del fundamento de la culpa in eligendo como sí, en su caso, la *extracontractual*.

En mi opinión, una peculiaridad de la *responsabilidad contractual* de las aseguradoras de asistencia sanitaria que puede explicar o, al menos, propiciar la amalgama de argumentos relativos a la responsabilidad de una y otra naturaleza y la confusión subsiguiente es que, en términos generales, la mencionada *responsabilidad contractual* viene determinada por la *extracontractual* en que hayan podido incurrir los médicos, el personal sanitario o las *entidades sanitarias* con quienes la aseguradora haya convenido la asistencia sanitaria del asegurado.

Recordemos que, según el artículo 1.101 CC, “*quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquellas.*”.



Recordemos también que, conforme al artículo 1.104 CC, “*la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar.*”.

Partiendo del vínculo contractual innegable entre aseguradora y asegurado, la jurisprudencia examinada entiende que la aseguradora responde por las prestaciones sanitarias cubiertas por la póliza si no se llevan a cabo correctamente, porque su obligación contractual va más allá de hacerlas posibles, ya que consiste precisamente en llevarlas a cabo o en garantizar que se lleven a cabo correctamente por quienes la doctrina jurisprudencial mencionada califica como *auxiliares* por medio de quienes la aseguradora cumple la prestación asistencial a que está obligada frente a sus asegurados. La realización incorrecta de esa prestación constituye, por tanto, el *incumplimiento contractual imputable* a la aseguradora que, si causa daño, dará lugar a su *responsabilidad contractual* y a la consiguiente obligación de indemnizarlo.

La *realización incorrecta de la prestación asistencial sanitaria* deviene, por tanto, el *factor de imputación* a la aseguradora del incumplimiento de la póliza de seguro de asistencia sanitaria que, junto con el *daño* y el *nexo causal* entre este y dicho *factor de imputación*, determinan la *responsabilidad contractual* a la que me estoy refiriendo.

4.1.1 LA PRESTACIÓN ASISTENCIAL INCORRECTA

En el ámbito asistencial sanitario, la *prestación incorrecta* puede consistir en:

- a) la infracción de la *lex artis ad hoc*, incluyendo en este concepto la obtención del *consentimiento informado* en la forma debida.
- b) las llamadas *disfunciones asistenciales*.

Salvo en los casos específicos que veremos, en los que es de aplicación la *responsabilidad*

objetiva, la prestación incorrecta requiere, para ser tal, que exista culpa o negligencia, es decir, al tenor del artículo 1104 CC, que concurra la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de personas, del tiempo y del lugar.

4.1.2 La *lex artis ad hoc*

Respecto a la *lex artis ad hoc*, dice la sentencia de 23 de mayo de 2007 (RJ 3273):

¿QUÉ ES LEX ARTIS?

*El criterio básico, respecto de los profesionales médicos, estriba en la determinación de si se comportaron con arreglo a las pautas o parámetros prescritos, según el estado actual de la ciencia, para la praxis médico-quirúrgica, en los protocolos médicos, lo que esta Sala ha denominado *lex artis ad hoc*, una concreción de la diligencia (que comporta determinados grados de previsión y de pericia) que exige el artículo 1104 del Código civil, ajustada a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, tiempo y lugar.*

Es, por tanto, la *lex artis ad hoc*, como dice la sentencia de 19 de octubre de 2007 (RJ 7309), el criterio valorativo para calibrar la diligencia exigible en todo acto o tratamiento médico, en cuanto comporta no sólo el cumplimiento formal y protocolar de las técnicas previstas con arreglo a la ciencia médica adecuadas a una buena praxis, sino la aplicación de tales técnicas con el cuidado y precisión exigibles, de

acuerdo con las circunstancias y los riesgos inherentes a cada intervención según su naturaleza y circunstancias.

Entendida de esa forma, prosigue esa sentencia, supone que la toma de decisiones clínicas está generalmente basada en el diagnóstico que se establece a través de una serie de pruebas encaminadas a demostrar o rechazar una sospecha o hipótesis de partida, pruebas que serán de mayor utilidad cuanto más precozmente puedan identificar o descartar la presencia de una alteración, sin que ninguna presente una seguridad plena. Implica por tanto un doble orden de cosas:

En primer lugar, la obligación del médico de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso

No se puede cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto.

requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles (STS 23 septiembre de 2004, RJ 5890).

En segundo, que no se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior dada la dificultad que entraña acertar con el correcto, a pesar de haber puesto para su

consecución todos los medios disponibles, pues en todo paciente existe un margen de error independientemente de las pruebas que se le realicen (STS 15 de febrero 2006).

No basta, por tanto, el *daño*, aunque tenga por causa la *prestación sanitaria* realizada por los médicos o, en general, el personal sanitario. Para que esa *prestación sanitaria dañosa* determine la *responsabilidad contractual* de la aseguradora de asistencia sanitaria, ha de ser *incorrecta*, es decir, *culposa* por haber infringido la *lexartis ad hoc* ya que, como declara la sentencia de 10 de junio de 2008 (RJ 4246), *en el ámbito de la responsabilidad del profesional médico debe descartarse la responsabilidad objetiva y una aplicación sistemática de la técnica de la inversión de la carga de la prueba, desaparecida en la actualidad de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo para supuestos debidamente tasados (art. 217.5 LEC).*

4.1.2.1 El consentimiento informado

La obtención del *consentimiento informado* del paciente forma parte de la *lexartis ad hoc*, como recuerda la sentencia de 9 de mayo de 2014 (RJ 2716):

El consentimiento informado es presupuesto y elemento esencial de la lexartis y como tal forma parte de toda actuación asistencial (SSTS 29 de mayo de 2003 -RJ 3916-, 23 de julio de 2003 -RJ 5462-, 21 de diciembre de 2005 – RJ 10149-, 20 de enero y 13 de mayo de 2011 –RRJJ 9 y 3279- y 19 de julio de 2013 – RJ 4641), constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los miembros de la profesión médica, antes con la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y ahora, con más precisión, con la Ley 41/2002, de 14

de noviembre, de la autonomía del paciente, en la que se contempla como derecho básico a la dignidad de la persona y autonomía de su voluntad.

Declara la sentencia que la información al paciente debe hacerse efectiva, con tiempo y dedicación suficiente.

Declara la sentencia de 11 de abril de 2013 (RJ 3384), entre otras, que la información al paciente debe hacerse efectiva con tiempo y dedicación suficiente, de manera comprensible y personalizada, adecuada a sus



necesidades, para permitirle hacerse cargo o valorar las posibles consecuencias que puedan derivarse de la intervención sobre su particular estado y, en su vista elegir, rechazar o demorar una determinada terapia por razón de sus riesgos e incluso acudir a otro especialista o a un centro distinto; se trata de un deber que obliga tanto al médico responsable del paciente como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial, como uno más de los que integran la actuación médica o asistencial.

Cosa distinta son los efectos de la falta de *consentimiento informado* como fundamento

de una pretensión autónoma, es decir, como causante por sí misma de un *daño resarcible* que no haya producido el acto médico no informado.

La denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente, cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión, o a la propia intervención médica.

A mi juicio, la doctrina jurisprudencial rechaza que, por sí sola, la falta de *consentimiento informado* constituya un *daño resarcible*.

Como recuerda la sentencia de 4 de marzo de 2011 (RJ 2633), con cita de las de 27 de septiembre de 2001, 10 de mayo de 2006 y 23 de octubre de 2008, *la falta de información no es per se una causa de resarcimiento pecuniario, lo que parece lógico cuando el resultado no es distinto del que esperaba una persona al someterse a un determinado tratamiento médico o intervención quirúrgica.*

En mi opinión, cuando sí existe daño vinculado a la falta de consentimiento informado, o a la propia intervención médica, el daño resarcible debería ser todo el causado.

Según la sentencia de 20 de mayo de 2011 (RJ 3982) *la denuncia por información deficiente resulta civilmente intranscendente cuando no existe ningún daño vinculado a su omisión o a la propia intervención médica; es decir, no genera responsabilidad civil* (SSTS 14 de mayo

de 2008 – RJ 3072- y 23 de octubre de 2008 – RJ 5789).

En mi opinión, cuando sí existe daño vinculado a la falta de *consentimiento informado* o a la propia intervención médica, el *daño resarcible* debería ser todo el causado, aunque hay sentencias del Tribunal Supremo que optan por una indemnización parcial del *daño* con base en la técnica de la *pérdida de oportunidad*.

4.1.3 Las deficiencias asistenciales

Cabe, sin embargo, la *prestación sanitaria incorrecta* no atribuible a la infracción de la *lex artis ad hoc* por los médicos o, en general, el personal sanitario. Se trata de las *deficiencias asistenciales* de los centros sanitarios a que alude la sentencia de 30 de marzo de 2012 (RJ 4529), término acuñado, dice esa sentencia, por la Sala Primera a partir de la de 16 de diciembre de 1987, que ha sido una constante en la jurisprudencia de esta Sala, con el efecto de eximir al paciente de la prueba de la fase del desarrollo de la atención médica donde se ha producido la anomalía (SSTS 12 de julio de 1988 – RJ 5991, 27 de noviembre de 1997 – RJ 8429, 17 de mayo de 2002 – RJ 6748, 20 de mayo de 2004 -RJ 3249, 5 de enero de 2007 -RJ 552, 23 de mayo, 12 de septiembre y 19 de octubre de 2007 – RRJJ 4667, 4984 y 7309 y 14 de mayo de 2008 – RJ 3072).

En definitiva, lo que esa doctrina jurisprudencial hace es señalar que forman parte de la *lex artis* de los centros sanitarios los deberes de *organización, vigilancia y control del servicio*, de manera que cuando, como consecuencia de la infracción de alguno de esos deberes, se da una *prestación*

sanitaria dañosa a un asegurado, la responsabilidad en la que incurre el centro

Forman parte de la lexartis de los centros sanitarios, los deberes de organización, vigilancia y control del servicio.

Cuando como consecuencia de la infracción de alguno de esos deberes, se da una prestación sanitaria dañosa a un asegurado, la responsabilidad en la que incurre el centro sanitario determina la responsabilidad contractual de la correspondiente aseguradora.

sanitario determina la responsabilidad contractual de la correspondiente aseguradora de asistencia sanitaria.

4.1.4 La responsabilidad objetiva

Al hilo de las *deficiencias asistenciales* cabe traer a colación la posibilidad de aplicar a las aseguradoras de asistencia sanitaria el régimen de *responsabilidad objetiva* establecido en el artículo 148 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, según el cual:

Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento

de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte.

Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.

En la hipótesis de que la jurisprudencia parte, según la cual las aseguradoras de asistencia sanitaria la prestan, no veo cómo impedir que la norma transcrita se les aplique, si bien con los matices y las limitaciones que la propia jurisprudencia ha establecido al respecto, que excluyen a los actos médicos propiamente dichos y concretan su ámbito a los aspectos organizativos. Son muestra de ello las sentencias de 23 de enero de 2009 (RJ 1271) y 29 de octubre de 2010 (RJ 7617).

Cabe aplicar a las aseguradoras de asistencia sanitaria la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios. Según ella, las responsabilidades derivadas del artículo 148 tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.

Señala la primera de dichas sentencias:

Este tipo de responsabilidad no afecta a los actos médicos propiamente dichos, dado que es inherente a los mismos la aplicación de criterios de responsabilidad fundados en la negligencia por incumplimiento de la lexartis ad hoc. Por consiguiente, la responsabilidad establecida por la legislación de consumidores únicamente es aplicable en relación con los

aspectos organizativos o de prestación de servicios sanitarios, ajenos a la actividad médica propiamente dicha (SSTS 5 de febrero de 2001 – RJ 541-, 26 de marzo y 17 de noviembre de 2004 -RRJJ 1668 y 7238 -, 5 de enero de 2007 – RJ 552 – 22 de mayo de 2007 – RJ 4620 – y 4 de diciembre de 2007 – RJ 2008, 251 – y 20 de junio de 2008 – RJ 4260), con la precisión de que para que surja el



régimen de responsabilidad basado en esta normativa específica, incluso en su modalidad de objetiva plena, es absolutamente necesario acreditar un daño o perjuicio causado al consumidor o destinatario final incluido en el ámbito de aplicación de la Ley, en directa relación de causalidad con la conducta que se imputa al agente, y es evidente que ninguna imputación directa se ha hecho a la Mutua, derivada de una prestación irregular o defectuosa del servicio por omisión o por incumplimiento de los deberes de organización, de vigilancia o de control que le son directamente imputables ...

4.2 El nexo causal

La doctrina sobre el nexo causal la resume la sentencia de 10 de junio de 2008(RJ 4246) con estas palabras:

La valoración del nexo de causalidad exige ponderar que el resultado dañoso sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente,

valorada conforme a las circunstancias que el buen sentido impone en cada caso y que permite eliminar todas aquellas hipótesis lejanas o muy lejanas al nexo causal so pena de conducir a un resultado incomprensible o absurdo, ajeno al principio de culpa.

La imputación objetiva al recurrente -o atribución del resultado, quaestio iuris [cuestión jurídica] revisable en casación en el ámbito de la aplicación del art. 1902 CC, no puede llevar a apreciar una responsabilidad derivada de unos actos médicos sin más fundamento que ser anteriores en el tiempo y constituir eslabones en el curso de los acontecimientos cuando no podía preverse racionalmente el resultado final producido, ni a cuestionar el diagnóstico inicial del paciente si el reproche se realiza exclusivamente fundándose en la evolución posterior y, por ende, infringiendo la prohibición de regreso que imponen los topoi [leyes] del razonamiento práctico.

Como recuerda la sentencia de 13 de julio de 2010 (RJ 6038), el nexo causal ha de ser probado con certeza. Declara la sentencia, con cita de otras varias:

Esta Sala ha dicho con reiteración que la prueba del nexo causal resulta imprescindible, tanto si se opera en el campo de la responsabilidad subjetiva como en el de la objetiva, y que ha de resultar de una certeza probatoria y no de meras conjeturas, deducciones o probabilidades, aunque no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia, cuya apreciación solo puede ser atacada en casación si es arbitraria, o contraria a la lógica o al buen sentido.

En la prueba del nexo causal no siempre se requiere la absoluta certeza, por ser suficiente un juicio de probabilidad cualificada, que corresponde sentar al juzgador de instancia.

4.3 Particularidades relativas a la culpa, la responsabilidad objetiva y el nexo causal: la Teoría del Riesgo y la doctrina del Daño Desproporcionado

Respecto al *nexo causal*, la *culpa* y la *responsabilidad objetiva* se han barajado jurisprudencialmente dos doctrinas o teorías de especial relevancia: la del *riesgo* y la del *daño desproporcionado*.

4.3.1 La Teoría del Riesgo

La doctrina jurisprudencial sobre la *teoría del riesgo* la resume la sentencia de 9 de febrero de 2011 (RJ 1822) en los siguientes términos:

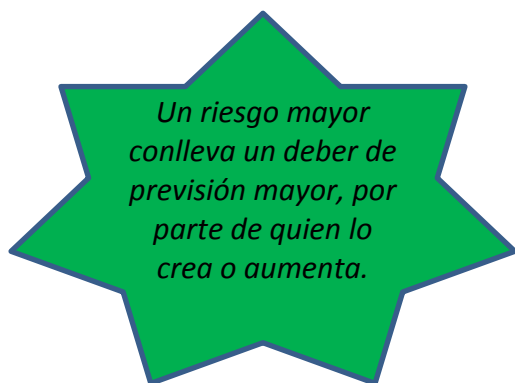
Con relación a la aplicación de la doctrina del riesgo y sus consecuencias es preciso recordar (STS de 5 de abril de 2010 (RJ 4034), con cita de otras de 6 de septiembre de 2005 (RJ 6745), 17 de junio de 2003 (RJ 5646), 10 de diciembre de 2002 (RJ 10724), 6 de abril de 2000 (RJ 2508) y, entre las más recientes, de 10 de junio de 2006 y 11 de septiembre de 2006 (RJ 2006, 8541)), que la jurisprudencia no ha llegado al extremo de erigir el riesgo como criterio de responsabilidad con fundamento en el artículo 1902 CC y ha declarado que la objetivación de la responsabilidad civil no se adecua a los principios que informan su regulación positiva. Por estas razones la aplicación de la doctrina del riesgo, además de que solo es posible en supuestos de riesgos

extraordinarios (riesgo considerablemente anormal en relación a los parámetros medios (STS de 18 de julio de 2002 (RJ 6254), no implica una responsabilidad objetiva fundada en el resultado o en el propio riesgo creado (que no tiene encaje en el artículo 1902 CC, como declara, entre otras, la STS de 25 de marzo de 2010 (RJ 4347), sino que, sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es a aceptar la aplicación del principio de la proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia a daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole.



De esto se sigue que, al margen de cómo se distribuya la carga de la prueba, la doctrina del riesgo no elimina la necesidad de acreditar la existencia de una acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, sin perjuicio, eso sí, de que, en orden a apreciar la concurrencia del elemento subjetivo o culpabilístico, deba de tenerse en cuenta que un riesgo mayor

conlleva un deber de previsión mayor por parte de quien lo crea o aumenta.



Asimismo, también desde la perspectiva de la imputación objetiva del daño al comportamiento negligente del agente, se puede alcanzar la misma conclusión de que la existencia de un riesgo superior al normal, conlleva un mayor esfuerzo de previsión, adoptando las medidas necesarias, de tal manera que no hacerlo permite atribuir el resultado producido a dicho agente, y tener por existente el nexo causal tanto desde el punto de vista físico como desde el jurídico. En efecto, tiene dicho esta Sala que la imputación objetiva, entendida como una quaestio iuris [cuestión jurídica] susceptible por ende de ser revisada en casación, comporta un juicio que, más allá de la mera constatación física de la relación de causalidad, obliga a valorar con criterios extraídos del ordenamiento jurídico la posibilidad de imputar al agente el daño causado apreciando la proximidad con la conducta realizada, el ámbito de protección de la norma infringida, y la frecuencia o normalidad del riesgo creado frente a la existencia de los riesgos generales de la vida, entre otras circunstancias. Y en aplicación de esa doctrina, entre otras, la STS de 9 de abril de 2010 (RJ 3530) -dictada en un caso de lesiones por caída de un ciclista durante la

práctica deportiva-, declara que corresponde a quien conoce el riesgo derivado de una actividad (en el supuesto analizado por la sentencia, el organizador de la carrera, en el del asunto que nos ocupa, la empresa que explota las pistas, en ambos casos conocedores del riesgo de la práctica deportiva) tomar todas las medidas de seguridad que la prudencia impone para salvaguardar la integridad de los participantes, evitando en el recorrido, lugares o situaciones que presenten un riesgo particular para la seguridad de las personas, de manera que si el accidente se produce, no por la existencia de obstáculos no previstos sino por algo que era perfectamente previsible, constituye una obligación de la organizadora controlar este riesgo mediante la adopción de las medidas más beneficiosas para todos, de lo que cabe concluir en la existencia tanto de causalidad física o material como de causalidad jurídica, puesto que el



daño se ha materializado a consecuencia de las condiciones en que tenía lugar la actividad, sin que hubiera interferencia de un tercero ajeno o del propio accidentado, y hay también una conducta única y negligente de la organización que ha creado un riesgo previsible que pudo ser eliminado mediante una conducta diligente, pues falta de previsión y diligencia hay en quien no pone los medios adecuados para evitar el daño

teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad que se estaba llevando a cabo.

Como es de ver, el *riesgo* no es criterio de responsabilidad, la *teoría del riesgo* solo es de posible aplicación en supuestos de riesgos extraordinarios, no implica responsabilidad objetiva ni elimina la necesidad de acreditar la existencia de un acción u omisión culposa a la que se pueda causalmente imputar el resultado lesivo, si bien el *riesgo extraordinario* conlleva la exigencia de una mayor previsión, lo que incide en la apreciación del elemento subjetivo o culpabilístico y, en definitiva, obliga a quien debía adoptar esas mayores medidas de previsión a demostrar que lo hizo.

Aun cuando la *teoría del riesgo* no ha sido de uso frecuente en el ámbito sanitario sí lo ha sido, en cambio, la *doctrina del daño desproporcionado*, con la que comparte rasgos definitorios.

4.3.2 La doctrina del Daño Desproporcionado

Dice la sentencia de 6 de junio de 2014 (RJ 3395):

El daño desproporcionado - STS de 19 de julio de 2013 (RJ 2013, 5004), rec. nº 939/2011 -es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de

negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad,

El daño desproporcionado es aquél no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional, y que obliga al profesional médico a acreditar las circunstancias en que se produjo, por el principio de facilidad y proximidad probatoria.

alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" "de la relación de causalidad y la presunción de culpa, sin que ello implique la objetivización, en todo caso, de la responsabilidad por actos médico", "sino revelar, traslucir o dilucidar la culpabilidad de su autor, debido a esa evidencia (res ipsa loquitur)" (STS 23 de octubre de 2008 - RJ 5789).

En estos casos - expone la sentencia de 29 de octubre de 2010 (RJ 7617) - en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaer sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación. En el presente caso, se explica el daño y la actuación del facultativo que le intervino, habiendo descartado las pruebas cualquier mala praxis

causalmente vinculada a las lesiones padecidas por el actor.

El daño desproporcionado, declara la sentencia de 19 de octubre de 2007 (RJ 7398), *no determina por sí sólo la existencia de responsabilidad del médico sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida.*

Especialmente en los casos de resultado desproporcionado o medicina voluntaria -

Tampoco el daño desproporcionado es criterio de responsabilidad, ni comporta objetivación.

resalta la sentencia de 10 de junio de 2008 (RJ 4246) - *se modula la valoración del elemento subjetivo de la culpa para garantizar la efectividad del derecho al resarcimiento del perjudicado.*

Tampoco, por tanto, el *daño desproporcionado* es criterio de responsabilidad ni comporta objetivación. Incide también, eso sí, en la relación causal y la apreciación de la culpa, obligando a quien lo causó, para exonerarse de responsabilidad, a probar una explicación satisfactoria de por qué se produjo.

4.4 El Daño

El daño es un elemento esencial de la responsabilidad civil. *Sin daño*, declara la ya citada sentencia de 4 de marzo de 2011 (RJ 2633), *no hay responsabilidad alguna.*

El *daño resarcible* es el daño antijurídico, es decir, aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar. El paciente asume los riesgos de la vida, que incluyen la enfermedad; asume también los riesgos de la prestación sanitaria debidamente consentida por él y correctamente realizada. No tiene, en cambio, la obligación de soportar el daño que le cause una *prestación sanitaria incorrecta* o no debidamente consentida.

El daño puede ser *material*, si la lesión o menoscabo en que el daño consiste afecta corporal o patrimonialmente a la víctima, y *moral*, cuando la lesión se inflige a otros bienes o intereses dignos de protección de índole incorporeal y no patrimonial.

En relación con el daño moral, el Tribunal Supremo tiene declarado, en sentencia de 30 de noviembre de 2011 (RJ 2012, 3514) que *constituye una noción dificultosa* (STS de 22 de mayo de 1995 – RJ 4089) y que *la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, un estado de impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), una situación de ansiedad y angustia* (STS 6 de julio de 1990 (RJ 5780), *de impacto emocional con la incertidumbre consecuente* (STS 27 de enero de 1998 (RJ 551). Aunque en materia de daño moral se tiende a evolucionar hacia concepciones amplias como la del "placer frustrado", añade la sentencia, *no puede operar sin más en todo caso de incumplimiento contractual, ni es subsumible, en principio, en la previsión general de evitar que "el contrato opere en el vacío". Sin embargo sí opera, concluye,*

cuando se da una situación que revela por sí misma la singular afección.

4.4.1 El resarcimiento del daño

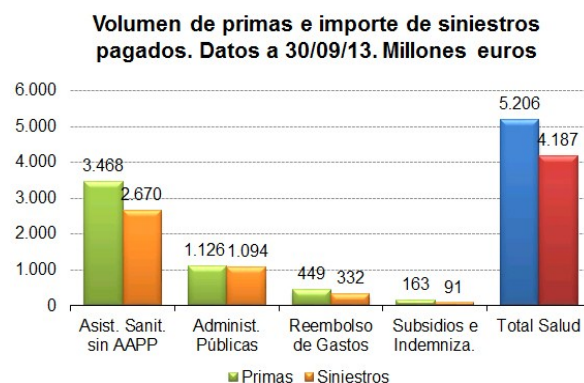
Dice la sentencia de 13 de junio de 2006 (RJ 3129) que *en materia de responsabilidad por culpa extracontractual, excepto en la derivada de hechos de la circulación, el único principio que ha de tener en cuenta el juzgador para fijar el monto de la indemnización debida, atendidos los hechos probados, es el de indemnidad de la víctima que informa de los arts. 1106 y 1902 del Código Civil, sin perjuicio de que, a título orientativo, no vinculante, puedan tomarse en consideración las tablas establecidas para el caso de responsabilidad nacida de hechos de la circulación.*

Esta doctrina, que se reitera en otras sentencias (como, por ejemplo, en la de 27 de noviembre de 2006, RJ 9119) extiende al ámbito contractual, por vía de la asimilación del artículo 1106 CC al 1902 CC, el *principio de reparación íntegra del daño* que deriva de este último precepto que, a diferencia del artículo 1107 CC, no distingue entre el deudor de buena fe y el doloso a efectos indemnizatorios.

En el ámbito sanitario, por tanto, también cuando de *responsabilidad contractual* se trata, el resarcimiento ha de conseguir la reparación íntegra del daño, evitando en todo caso, como recuerdan las sentencias de 10 de febrero de 2006 (RJ 674) y 2 de julio de 2008 (RJ 4276), la arbitrariedad y la discriminación.

Concretamente la sentencia de 10 de febrero de 2006, matiza con exquisitez, al hilo de la indemnización del *daño moral*, la relación entre el *Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en*

accidente de circulación (el *Baremo*, añadido como Anexo a la *Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor* por la *Disposición Adicional Octava* de la *Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de Seguros Privados*), la *analogía* y la *facultad*



jurisdiccional de jueces y magistrados. Dice la sentencia, respecto al resarcimiento del *daño moral*:

La determinación de la cuantía por indemnización por daños morales, como es aquella que se concede por la sentencia de instancia, debe ser objeto de una actividad de apreciación por parte del juzgador, habida cuenta de la inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que el daño moral esencialmente consiste. En efecto, se viene manteniendo que la reparación del daño o sufrimiento moral, que no atiende a la reintegración de un patrimonio, va dirigida, principalmente, a proporcionar en la medida de lo humanamente posible una satisfacción como compensación al sufrimiento que se ha causado, lo que conlleva la determinación de la cuantía de la indemnización apreciando las circunstancias concurrentes

Y añade, en relación con el *Baremo*:

Entre otras razones, la conveniencia de evitar posibles disparidades entre las resoluciones

judiciales que fijan el *pretium doloris* [precio del dolor] o indemnización por el daño moral ha aconsejado al legislador, partiendo del establecimiento de un régimen de aseguramiento del daño en determinados sectores, el establecimiento de sistemas de valoración fundados en la tasación con arreglo



a tablas o baremos indemnizatorios, cuya interpretación tiene lugar según reglas fijadas por el propio legislador y no queda, desde luego, sustraída a las normas generales sobre interpretación de las Leyes, entre ellas las que regulan la analogía.

En virtud de este principio la jurisprudencia más reciente (rectificando criterios iniciales) ha aceptado que los criterios cuantitativos que resultan de la aplicación de los sistemas basados en valoración, y en especial el que rige respecto de los daños corporales que son consecuencia de la circulación de vehículos de motor, pueden resultar orientativos para la fijación del *pretium doloris* teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso.

A renglón seguido, y con referencia a la *analogía* y la *función jurisdiccional* de jueces y magistrados, señala:

Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación ni arbitrariedad; pero su reconocimiento está muy lejos de admitir la existencia de una laguna legal que imponga la aplicación

análoga de las normas de tasación legal con arreglo a lo establecido en el artículo 4.1 CC puesto que la fijación y determinación de determinadas cuantías en el ejercicio de funciones de apreciación o valoración por el juzgador de las circunstancias concurrentes en cada caso, difícilmente previsibles en pormenor por el legislador, constituye una facultad que entra de lleno en la potestad o función jurisdiccional que atribuye el artículo 117.1 de la Constitución a los jueces y magistrados y, por otra parte, como ha subrayado el Tribunal Constitucional, la existencia de distintos sectores de la actividad social en que puede producirse la actividad dañosa determina la existencia de distinciones objetivas y razonables que justifican la posible desigualdad derivada de la existencia en algunos de ellos e inexistencia en otros de criterios legales de valoración del daño, circunstancia que por sí sola impide afirmar que entre unos y otros sectores exista identidad de razón en la fijación de las indemnizaciones consecuencia de la actividad productora de daño en cada uno de ellos.



Y concluye:

En consecuencia, no puede considerarse que la falta de establecimiento de un sistema tasado de valoración constituya una laguna legal que por sí determine la necesidad de aplicación

analógica de los sistemas de valoración sujeta a tasación, sin perjuicio de que la obligación de realizar la determinación con arreglo a la verdadera trascendencia del daño y con sujeción a los principios de indemnidad y de proscripción de la arbitrariedad aconseje tener en cuenta de manera relativa y en función de las circunstancias en cada caso concurrentes los criterios tenidos en cuenta por el legislador al fijar los baremos de tasación relacionados con hechos de características similares.

BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO			
Núm. 26	Miércoles 30 de enero de 2013	Sec. III.	Pág. 7255
ANEXO 2013			
Tabla I			
Indemnizaciones básicas por muerte (Incluidos daños morales)			
Perjudicados/beneficiarios (1) de la indemnización (Por grupos excluyentes)	Edad de la víctima		
	Hasta 65 años — Euros	De 66 a 80 años — Euros	Más de 80 años — Euros
Grupo I			
Víctima con cónyuge (2)			
Al cónyuge	114.691,14	86.018,34	57.345,56
A cada hijo menor	47.787,97	47.787,97	47.787,97
A cada hijo mayor:			
Si es menor de veinticinco años	19.115,19	19.115,19	7.168,20
Si es mayor de veinticinco años	9.557,59	9.557,59	4.778,80
A cada padre con o sin convivencia con la víctima	9.557,59	9.557,59	—
A cada hermano menor huérfano y dependiente de la víctima	47.787,97	47.787,97	—

La sentencia de 16 de diciembre de 2013, con cita de abundante jurisprudencia, declara que *el efecto expansivo del Baremo a otros ámbitos de la responsabilidad civil distintos de los del automóvil, ha sido admitido con reiteración por esta Sala como criterio orientativo, no vinculante, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso y el principio de indemnidad de la víctima que informa los artículos 1106 y 1902 del Código Civil.*

El Baremo, dice la sentencia de 18 de junio de 2013, no solo no menoscaba el principio de indemnidad de las víctimas, sino que la mayoría de las veces son ellas las que acuden a este sistema de valoración para identificar y cuantificar el daño entendiendo que, en esa siempre difícil traducción a términos económicos del sufrimiento causado, no solo

constituye el instrumento más adecuado para procurar una satisfacción pecuniaria de las víctimas, sino que viene a procurar al sistema de unos criterios técnicos de valoración, dotándole de una seguridad y garantía para las partes mayor que la que deriva del simple arbitrio judicial.

Ahora bien – añade la sentencia - esta regla tiene dos limitaciones. Una, que el Tribunal no puede alterar los términos en que el debate fue planteado, y deberá resolver en atención a las circunstancias concurrentes, determinando la indemnización que corresponda con arreglo a dicho sistema, y otra que aun siendo posible revisar en casación la aplicación de la regla conforme a la cual debe establecerse, en los casos en que se haya inaplicado, se haya aplicado indebidamente o se haya aplicado de forma incorrecta, en ningún caso, en cambio, podrá ser objeto de examen en casación la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado en atención al concreto perjuicio que consideró acreditado.

En ningún caso podrá ser objeto de examen en casación, la ponderación y subsiguiente determinación del porcentaje de la cuantía indemnizatoria fijada por la norma, para cada concepto que el tribunal de instancia haya efectuado.

En la aplicación del Baremo, la jurisprudencia distingue entre el momento del siniestro y el del alta definitiva; el primero determina el régimen legal aplicable para la concreción del daño y el segundo el valor del punto. Lo

recuerda la sentencia de 6 de junio de 2014 (RJ 3395):

El momento del siniestro determina únicamente el régimen legal aplicable para la concreción del daño, debiéndose estar para su cuantificación al valor del punto, en el momento que se produce el alta definitiva.

En la aplicación del Baremo, esta Sala, a raíz de las SSTs de 17 de abril (RJ 3360), en rec. nº 2908/2001 y rec. nº 2598/2002, ha sentado doctrina, luego recogida en otras muchas resoluciones (entre otras, SSTs de 9 de julio de 2008 – RJ 5504, 10 de julio 2008 –RJ 5555, de 23 de julio de 2008, rec. nº 1793/2004, de 18 de septiembre de 2008, rec. nº 838/2004, de 30 de octubre de 2008 – RJ 2009, 391 y de 9 de marzo de 2010 – RJ 3783) conforme a la cual el momento del siniestro determina únicamente el régimen legal aplicable para la concreción del daño, debiéndose estar para su cuantificación al valor del punto en el momento que se produce el alta definitiva.

5. LA PRESCRIPCIÓN

Con respecto a la prescripción de las acciones para exigir la responsabilidad contractual y la extracontractual, hay, a mi juicio, tres cuestiones de interés:

- a) el *plazo*,
- b) el *cómputo del plazo*
- c) la *interrupción del plazo*

En lo atinente al *plazo*, hay unanimidad en la aplicación del plazo de un año establecido en el artículo 1968,2º CC a la *responsabilidad*

extracontractual (límite estas Notas al derecho común).

En lo que atañe a la *responsabilidad contractual*, es de aplicar (en el derecho común, insisto) el plazo de 15 años del artículo 1964 CC, si bien las sentencias de 17 de julio de 2012 (RJ 8027) y 19 de julio de 2013 (RJ 5003) aceptan la aplicación del de 5 años del artículo 23 LCS, como plazo especial referido en el artículo 1969 CC, con base en haber sido las partes las que lo admitieron.

A mi entender, la aplicación del plazo previsto en el artículo 23 LCS en el ámbito de la responsabilidad civil de las aseguradoras de asistencia sanitaria es erróneo y abunda en la confusión relativa a la *prestación característica* de esta clase de seguro, auspiciando que sea considerada como tal, equivocadamente a mi juicio, la *prestación sanitaria* cuando, en mi opinión, lo es la *obtención y organización de los medios para que el asegurado tenga a su disposición los médicos y entidades sanitarias que le presten la asistencia sanitaria cubierta por la póliza, cuando la necesite*.



En cuanto al *cómputo del plazo*, es la sentencia de 18 de julio de 2011 (RJ 6123) la que resume la doctrina jurisprudencial al respecto. Dice, sobre el día inicial del plazo de prescripción, con cita de abundante jurisprudencia:

El conocimiento del daño sufrido que ha de determinar el comienzo del plazo de



prescripción lo tiene el perjudicado al producirse el alta, en la medida que en esta fecha se declaran estabilizadas las lesiones y se concretan las secuelas o, lo que es igual, se determina en toda su dimensión el daño personal y los conceptos que han de incluirse en la indemnización.

Cuando hay secuelas:

La prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas.

En caso de actuaciones penales previas, el plazo de prescripción empieza a correr cuando se notifica su archivo, como recuerda la sentencia de 1 de octubre de 2009 (RJ 4600), con cita de otras muchas.

Y en lo relativo, finalmente, a la *interrupción del plazo*, es relevante, a mi entender, la distinción jurisprudencial entre la *solidaridad propia* y la *impropia*, por las consecuencias que tiene.

Por todas, cabe citar nuevamente la sentencia de 18 de julio de 2011, que expone con claridad la doctrina al respecto. Señala:

Es reiterada la jurisprudencia que declara que existe solidaridad impropia entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia de causa única. Esta responsabilidad, a diferencia de la propia, no tiene su origen en la ley o en pacto expreso o implícito, sino que nace con la sentencia de condena (SSTS 17 de junio de 2002 – RJ 5223, 21 de octubre de 2002 – RJ 8770, 14 de marzo de 2003 – RJ 3645, 2 de octubre 2007 – RJ 1277). Se trata de una responsabilidad in solidum [con carácter solidario], que obedece a razones de seguridad e interés social, en cuanto constituye un medio de protección de los perjudicados adecuado para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, pero exige

Cuando hay secuelas:

La prescripción de la acción para reclamar por secuelas se inicia con la determinación de su alcance, o de los defectos permanentes originados, pues hasta que no se determina ese alcance no puede reclamarse por ellas.

En caso de actuaciones penales previas, el plazo de prescripción empieza a correr cuando se notifica su archivo.

para su aplicación que no sea posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las distintas responsabilidades (SSTS 18 de mayo de 2005 – RJ 5718, 15 de junio de 2005 – RJ 6483, 28 de octubre de 2005 – RJ 7614, 17 de marzo de 2006 – RJ 5637, 18 de abril de 2006 – RJ 2200, 31 de mayo de 2006 – RJ 3494, 7 de

septiembre de 2006 – RJ 6521, 2 de enero de 2007 – RJ 1277, 20 de mayo de 2008 – RJ 4607).

Desde la STS de 14 de marzo de 2003 (RJ 3645), esta Sala ha mantenido el criterio según el cual el párrafo primero del artículo 1974 CC únicamente contempla el efecto de interrumpir la prescripción en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente.

Este criterio se considera sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

6. LOS INTERESES DEL ARTÍCULO 20 LCS

Solo he localizado una sentencia del Tribunal Supremo, desde 2005 inclusive hasta el momento de redactar estas Notas, que trate de la aplicación a una aseguradora de asistencia sanitaria de los intereses punitivos establecidos en el artículo 20 LCS. Es la de 4 de junio de 2009 (RJ 3380), que condena a la aseguradora de asistencia sanitaria al pago de tales intereses.

Dice el Segundo de los Fundamentos de Derecho de la sentencia:

En el tercero se combate la condena al pago de los intereses en aplicación del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro. El motivo parece insistir, de un lado, en el contenido de

la obligación propia de este seguro, tratando de limitar su responsabilidad exclusivamente al hecho de haber procedido a prestar la asistencia médica y hospitalaria demandada, y negando, de otro, que el pago de la indemnización constituya la prestación propia a la que está obligado frente a su asegurado, por lo que no es posible estimarle en situación de mora máxime cuando la obligación de pago ha sido determinada mediante un procedimiento judicial y el quantum de la misma se fija en la sentencia.



El motivo se desestima por razones obvias. En primer lugar, los defectos de cumplimiento, como afirma la sentencia," se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero" y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador. En segundo lugar, esta Sala ha seguido una línea interpretativa caracterizada por un creciente rigor en atención al carácter sancionador que cabe atribuir a la norma (SSTS de 16 de julio y 9 de diciembre de 2008 – RRJJ 6280 y 6975, y 12 de febrero de 2009 – RJ 1290).

La mora de la aseguradora únicamente desaparece cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro o del texto de la póliza surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro que hace precisa la

intervención del órgano jurisdiccional ante la discrepancia existente entre las partes al respecto, en tanto dicha incertidumbre no resulta despejada por la resolución judicial, nada de lo cual se da en el caso.

La mora de la aseguradora únicamente desaparece, cuando de las circunstancias concurrentes en el siniestro, o del texto de la póliza, surge una incertidumbre sobre la cobertura del seguro, que hace precisa la intervención del órgano jurisdiccional.

Admitir, sin más, que no se pagan intereses cuando la obligación y el pago se fijan en la sentencia supone tanto como dejar sin contenido una norma que es regla de aplicación y no excepción, habiendo declarado esta Sala – STS 19 de junio de 2008 (RJ 4257)- que "la oposición que llega a un proceso hasta su terminación normal por sentencia, que agota las instancias e incluso acude a casación, no puede considerarse causa justificada o no imputable, sino todo lo contrario" –Sentencia de 14 de marzo de 2006 (RJ 5420)-, y que tampoco puede ampararse en la iliquidez de la deuda, ya que el derecho a la indemnización nace con el siniestro, y la sentencia que finalmente fija el "quantum" tiene naturaleza declarativa, no constitutiva, es decir, no crea un derecho "ex novo" sino que se limita a determinar la cuantía de la indemnización por el derecho que asiste al asegurado desde que se produce el siniestro cuyo riesgo es objeto de cobertura. No se trata, en definitiva, de la respuesta a un incumplimiento de la obligación cuantificada o liquidada en la sentencia, sino de una obligación que es previa a la decisión jurisdiccional, que ya le pertenecía y debía haberle sido atribuido al acreedor (SSTS 29 de

noviembre de 2005 – RJ 2006, 36 y 3 de mayo de 2006 – RJ 4070).

Dejando al margen la doctrina sobre la mora de la aseguradora, que me parece razonable, el motivo de mi discrepancia se centra en el argumento por el que la sentencia extiende a la aseguradora de asistencia sanitaria la aplicación del artículo 20 LCS: los defectos de cumplimiento se transmutan en una prestación indemnizatoria de los daños y perjuicios, cumplimiento por equivalencia con naturaleza de deuda de valor, que se paga en dinero y el interés alcanza a todas las prestaciones del asegurador.

A mi juicio, este argumento no se atiene a lo dispuesto en el artículo 20 LCS, cuyo enunciado es, a mi entender, muy claro: Si el

Es el retraso en el cumplimiento de la prestación, no el defecto de cumplimiento, el que da lugar al interés punitivo.

asegurador incurriere en mora en el cumplimiento de la prestación, la indemnización de daños y perjuicios, no obstante entenderse válidas las cláusulas contractuales que sean más beneficiosas para el asegurado, se ajustará a las siguientes reglas: ...

Es el retraso en el cumplimiento de la prestación consistente en una indemnización de daños y perjuicios, no el defecto de cumplimiento que genera una indemnización de daños y perjuicios, el que da lugar al interés punitivo.

Por más que, en la hipótesis, la aseguradora de asistencia sanitaria lleve a cabo directamente la prestación sanitaria al

asegurado, su prestación no consiste en pagar una indemnización de daños y perjuicios ni al asegurado ni a tercero y no cabe, a mi entender, equiparar el defectuoso cumplimiento de la prestación sanitaria con el incumplimiento de una obligación de hacer por no prestarla, que dé lugar a un cumplimiento por equivalencia.

7. PERSPECTIVAS DE FUTURO

La *responsabilidad contractual* de las aseguradoras de asistencia sanitaria subsistirá, a mi entender en tanto lo hagan los pilares en que se funda, que son, como ya hemos visto, (i) el clausulado de las pólizas, (ii) el tenor del artículo 105 LCS, y (iii) la comercialización de sus actividades por las aseguradoras poniendo el foco en la asistencia sanitaria que ofertan.

La responsabilidad contractual de las aseguradoras de asistencia sanitaria subsistirá, en tanto lo hagan los pilares en que se funda, que son: el clausulado de las pólizas, el tenor del artículo 105 LCS, y la comercialización de sus actividades poniendo el foco en la asistencia sanitaria que ofertan.

Sin una modificación del artículo 105 LCS que permita dar carta de naturaleza al modelo de seguro de asistencia sanitaria que practican, creo yo, la mayoría de las Compañías del ramo - basado en que son los médicos y las entidades sanitarias quienes llevan a cabo por cuenta y en nombre propios la prestación sanitaria, sin sujeción jerárquica ni organizativa a las aseguradoras, aunque con cargo a éstas - no será posible, en mi opinión, evitar que la *responsabilidad contractual* de

dichas aseguradoras siga siendo declarada por los tribunales.



Esa modificación debería conllevar, obvio es, que las aseguradoras dejaran de comercializar su actividad tratando la asistencia sanitaria como algo propio; y debería ir seguida, claro está, de la modificación de las pólizas, de manera que estas no reflejaran como objeto la asistencia sanitaria sino la obtención y organización de los medios necesarios para que los asegurados reciban la que esté cubierta por la póliza cuando la necesiten. Las pólizas deberían reflejar, a mi juicio, la inclusión, en los conciertos de las aseguradoras con los médicos y las entidades sanitarias, de *estipulaciones en favor de los asegurados*, al amparo de lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1257 CC, de modo que, mediante la aceptación de esa estipulación por el asegurado, implícita en el hecho de pedir la asistencia del médico o de la entidad sanitaria, se estableciera una relación contractual directa entre el asegurado y quien le presta efectivamente la asistencia sanitaria, de la que derivaría la *responsabilidad contractual* frente al asegurado, en el supuesto de que la prestación sanitaria fuera incorrecta y dañosa,

del médico o de la entidad sanitaria, no de la aseguradora de asistencia sanitaria, que sería ajena a esa relación contractual.



La modificación del artículo 105 LCS y de las pólizas, para que éstas no reflejaran como objeto la asistencia sanitaria, evitaría a las aseguradoras la confusión en torno a sus relaciones con médicos, personal sanitario y entidades sanitarias, que propicia la posibilidad de fundar su responsabilidad extracontractual en el hecho ajeno, o en la culpa in eligendo.



A mi entender, la modificación del artículo 105 LCS y de las pólizas en el sentido indicado contribuiría decisivamente a que en el *seguro de asistencia sanitaria* recobrara la consideración de *prestación característica* la que le es propia: la obtención y organización de los medios que permitan a los asegurados disponer, cuando lo precisen, de quienes les presten la asistencia sanitaria cubierta por la póliza.

Evitaría, además, a las aseguradoras, la confusión en torno a sus relaciones con médicos, personal sanitario en general y entidades sanitarias que propicia la posibilidad de fundar su *responsabilidad extracontractual* en el *hecho ajeno* (artículo 1903.4 CC) o en la *culpa in eligendo*. Como corolario, las aseguradoras de asistencia sanitaria recuperarían la posibilidad de una defensa autónoma, no vicaria de la corrección e idoneidad de la asistencia sanitaria prestada.

La alternativa a la modificación del artículo 105 LCS es para las aseguradoras, en mi opinión, actuar consecuentemente con la hipótesis de que sí prestan la asistencia sanitaria y que esa prestación constituye el objeto de las pólizas que suscriben y la razón de ser de su actividad comercial y sus campañas publicitarias. Eso debería conllevar, a mi juicio, la efectiva selección por las aseguradoras de los médicos y entidades sanitarias con cuyo auxilio habrán de cumplir la prestación sanitaria directa comprometida por ellas con el asegurado en las respectivas pólizas, y la adopción de los necesarios instrumentos de vigilancia y control.

Y debería conllevar también buscar acuerdos con los Colegios de Médicos y las entidades sanitarias concertadas que hicieran posible extrajudicialmente - sin necesidad, por tanto, de correr los riesgos inherentes al doble esfuerzo de defenderse primero de la reclamación del asegurado y repetir luego, en su caso, contra el médico o la entidad sanitaria causante del daño que haya debido indemnizarse el reembolso a la aseguradora de la indemnización que haya tenido que satisfacer al asegurado.

Sería conveniente, al menos, en tanto se mantenga el actual estado de cosas, propiciar legislativamente la posibilidad de que las aseguradoras puedan, en el caso de que el asegurado litigue contra ellas con base en la asistencia sanitaria que le haya sido prestada, provocar la intervención en el litigio, conforme al artículo 14 LEC, de los médicos o las entidades sanitarias que la hayan llevado a cabo.

ÍNDICE DE SENTENCIAS POR ORDEN DE APARICIÓN

Responsabilidad de las aseguradoras (pág. 2)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 699/2010 de 4 de noviembre (RJ 2010/7988).

Unidad culpa civil, responsabilidad contractual y extracontractual (pág. 4)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 251/014 de 30 de mayo (RJ 2014/187514).

Responsabilidad contractual y extracontractual, unidad culpa civil, prioridad de la responsabilidad contractual (pág. 4)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 607/2010 de 7 de octubre (RJ 2010/7314).

Responsabilidad contractual y extracontractual, relación contractual de la aseguradora con el asegurado, responsabilidad extracontractual, si acaso, con los profesionales sanitarios: concurso de acciones: opción del demandante: prescripción de la acción ejercitada (pág. 7)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1210/2008 de 19 de diciembre (RJ 2009/536).

Responsabilidad contractual de la aseguradora, artículo 105 LCS, principio de apariencia (pág. 8)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 948/2011 de 16 de enero (RJ 2012/1784).

Daño desproporcionado, *lexartis*, nexo causal, deficiencias asistenciales (pág. 10)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 546/2007 de 23 de mayo (RJ 2007/3273).

Obligación de medios, *lexartis*, criterio de imputación: la culpa, daño desproporcionado, nexos causal (pág. 10, pág. 12)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 508/2008 de 10 de junio (RJ 2008/4246).

Consentimiento informado (pág. 10-11)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 226/2014 de 9 de mayo (RJ 2014/2716).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 199/2013 de 11 de abril (RJ 2013/3384).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 340/2011 de 20 de mayo (RJ 2011/3982).

Consentimiento informado, daños, daños morales (pág. 11)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 101/2011 de 4 de marzo (RJ 2011/2633).

Deficiencias asistenciales, baremo (pág. 11)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 173/2012 de 30 de marzo (RJ 2012/4529).

Responsabilidad extracontractual, culpa in eligendo, daño desproporcionado, responsabilidad contractual, juicio de diligencia: *lexartis*, consumidores (pág. 12)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 12/2009 de 23 de enero (RJ 2009/1271).

Reproche culpabilístico, daño desproporcionado, consumidores (pág. 12, pág. 14)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 694/2010 de 29 de octubre (RJ 2010/7617).

Nexo causal, cuantificación del daño, baremo (pág. 13)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 483/2010 de 13 de julio (RJ 2010/6038).

Teoría del riesgo, baremo (pág. 13)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 64/2011 de 9 de febrero (RJ 2011/1822).

Daño desproporcionado, baremo (pág. 14, pág. 17)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 284/2014 de 6 de junio (RJ 2014/3395).

Daño desproporcionado (pág. 15)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1155/2007 de 19 de octubre (RJ 2007/7398).

Daños morales (pág. 15)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 906/2011 de 30 de noviembre (RJ 2011/3514).

Principio de indemnidad de la víctima (pág. 15)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 581/2006 de 13 de junio (RJ 2006/3129).

Principio de indemnidad de la víctima, reparación íntegra del daño, baremo (pág. 16)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1250/2006 de 27 de noviembre (RJ 2006/9199).

Daños, daños morales, resarcimiento, principio de indemnidad, casación (pág. 16)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 58/2006 de 10 de febrero (RJ 2006/674).

Reparación íntegra del daño, principio de indemnidad, baremo (pág. 16)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 680/2008 de 2 de julio

(RJ 2008/4276).

Baremo (pág. 16)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 776/2013 de 16 de diciembre (RJ 2013/7842).

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 403/2013 de 18 de junio (RJ 2013/4376).

Responsabilidad contractual y extracontractual, unidad de culpa civil, prescripción 5 años (pág. 18)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 488/2012 de 17 de julio (RJ 2012/8027).

Prescripción 5 años, recurso de Caser(pág. 18)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 480/2013 de 19 de julio (RJ 2013/5003).

Interrupción de la prescripción, solidaridad impropia, día inicial (pág. 18)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 545/2011 de 18 de julio (RJ 2011/6123).

Cómputo del plazo de prescripción, actuaciones penales (pág. 18)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 652/2009 de 1 de octubre (RJ 2009/4600).

Responsabilidad de las aseguradoras, responsabilidad contractual y extracontractual, culpa in eligendo, intereses del artículo 20 LCS (pág. 19)

España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 438/2009 de 4 de junio (RJ 2009/3380).

ASPECTOS LEGALES Y JURÍDICOS SOBRE CONSERVACIÓN DE CÉLULAS MADRE PROCEDENTES DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

ARIANA GONZÁLEZ MASA

Abogado. Máster en Derecho Sanitario



1. INTRODUCCIÓN

La conservación de sangre del cordón umbilical es un tema que no resulta ajeno a nadie, a pesar de no pertenecer al mundo de la medicina o del sector jurídico sanitario. Se trata de un tema que los futuros padres se plantean antes de dar a luz a su recién nacido, bien en el momento en el que por información del ginecólogo que realiza el seguimiento de la gestación se lo plantea, o bien en conversaciones con amigos cercanos que ya han pasado por esa experiencia o con futuros padres en la misma situación.

Es por ello, que a estas alturas prácticamente todos conocemos de una manera más o menos concreta las posibilidades existentes a este respecto en el momento del parto, aún al margen de la decisión tomada finalmente por los padres. Los pros y contras que se les plantean a las familias. Decisión que ha de ser meditada antes de dar a luz.

Dado que el trasplante de células madre es un área de la medicina que ha experimentado un creciente desarrollo desde hace unos años hasta nuestros días. Más concretamente el trasplante de células hematopoyéticas, los

cuales, han supuesto un elevado índice de curación en pacientes con desórdenes hematológicos, como por ejemplo, la leucemia, y también ha supuesto la curación de otro tipo de desórdenes no hematológicos.

Dentro del cuerpo humano existen muchos tipos diferentes de células madre. Pero en este breve acercamiento al lector me gustaría centrarme en las células madre hematopoyéticas o también conocidas como progenitores hematopoyéticos. Es decir, las células madre que podemos encontrar en la sangre del cordón umbilical.

Coloquialmente cuando se habla de trasplante de médula ósea, a lo que nos estamos refiriendo en realidad es precisamente al trasplante de células madre, o progenitores hematopoyéticos.

Hasta hace pocos años, la creencia generalizada, era que este tipo de células se encontraban únicamente en nuestra médula ósea. Es por ello, que coloquialmente cuando se habla de trasplante de médula ósea, a lo que nos estamos refiriendo en realidad es

precisamente a este trasplante de células madre o progenitores hematopoyéticos. Pero este tipo de células, además de en la médula podemos encontrarlas también en la sangre periférica movilizada y en la sangre del cordón umbilical.



Asociación Española de ANEMIA DE FANCONI

No fue hasta 1988 cuando la sangre del cordón umbilical recibió atención generalizada por parte de la prensa ya que tuvo lugar el primer trasplante en un paciente, concretamente un niño que padecía la enfermedad de la Anemia de Falconi. Este hito marcó un antes y un después, ya que a partir de este momento comenzó a utilizarse la sangre del cordón umbilical, en aquellos casos en los que anteriormente se recurría al trasplante de médula ósea.

Hasta hace unos años, después de dar a luz a un hijo, en el momento del parto, el cordón umbilical era desechado. Entonces no se sabía que la sangre de cordón umbilical es una fuente rica en células madre, con capacidad para regenerar la médula ósea y el sistema inmunitario. Entre las ventajas que podemos sopesar a la hora de tomar la decisión de si conservar la sangre del cordón umbilical de nuestro hijo o no, podemos plantearnos las siguientes:

-Su utilización es inocua tanto para la madre como para el niño.

-Técnica de obtención sencilla.

-No representa ningún problema ético.

-Alto grado de compatibilidad: se plantean menos problemas de compatibilidad, dado que al ser células inmaduras, es menos probable que se desarrolle la enfermedad de "injerto contra huésped¹."

-Dado lo rápido que avanza la ciencia en este campo, es altamente probable que en el futuro estas células madre puedan utilizarse para diversas aplicaciones terapéuticas.

Evidentemente, como todo en la vida, existe la otra cara de la moneda. Los inconvenientes a plantearse radican en que el volumen de sangre que puede llegar a extraerse del cordón umbilical en el momento del alumbramiento es tan pequeño, que posibilita el trasplante entre niños pero resultaría más complicado en cuerpos adultos. Además, el mayor de los inconvenientes y el que más

El mayor de los inconvenientes y el que más radicalmente esgrimen los detractores de esta materia, es que cuando existen patologías genéticas, su uso presentaría anomalías, dado que el propio paciente sería portador de las mismas.

radicalmente esgrimen los detractores de esta materia, es que cuando existen patologías

¹ INJERTO CONTRA HUESPED: es una complicación que puede ocurrir después de un trasplante de médula ósea o de células madre, en la cual, el material recientemente trasplantado ataca al cuerpo del receptor del trasplante.

genéticas, su uso presentaría anomalías, dado que el propio paciente sería portador de las mismas.

2. MARCO JURIDICO-LEGAL

La regulación jurídica española de esta materia la encontramos hasta hace bien poco, mediante RD 1301/2006 de 10 de Noviembre por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la



donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos, y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. Este Real Decreto, vino a trasponer la normativa comunitaria al Ordenamiento jurídico interno español. Recientemente ha sido anulado por insuficiencia de rango por el Tribunal Supremo, mediante la reciente Sentencia de 30 de Mayo de 2014, tras la cual se ha dictado una nueva disposición. El Real Decreto-ley 9/2014 de 4 de Julio.

La decisión del Alto Tribunal dejaba sin regulación jurídica, en materia de donación y trasplante de células y tejidos humanos, aspectos relativos a la calidad y seguridad de la donación, tan importantes como la voluntariedad, el anonimato entre donante y

receptor, el altruismo y la solidaridad que caracterizan el modelo de trasplantes del Sistema Nacional de Salud; los sistemas de control de los procesos que se suceden desde la obtención de las células y tejidos hasta su implantación; las condiciones que deben reunir los centros y unidades de obtención y aplicación, así como los establecimientos de tejidos; los sistemas y canales de información sobre donación de células y tejidos, los objetivos y criterios de acceso basados en la evaluación objetiva de las necesidades médicas, a las células y tejidos, la participación del sector público y de las organizaciones sin ánimo de lucro en la prestación de los servicios de utilización de células y tejidos humanos.

La ausencia de regulación en tales ámbitos, daría lugar a la supresión de las exigencias vigentes aplicables a la donación de tejidos y células, con frecuencia provenientes no sólo de países miembros de la Unión Europea, sino también de terceros países, por tanto, a la eliminación de medidas, con el consiguiente riesgo para la salud pública, destinadas a evitar la transmisión de enfermedades del donante al receptor en la utilización por



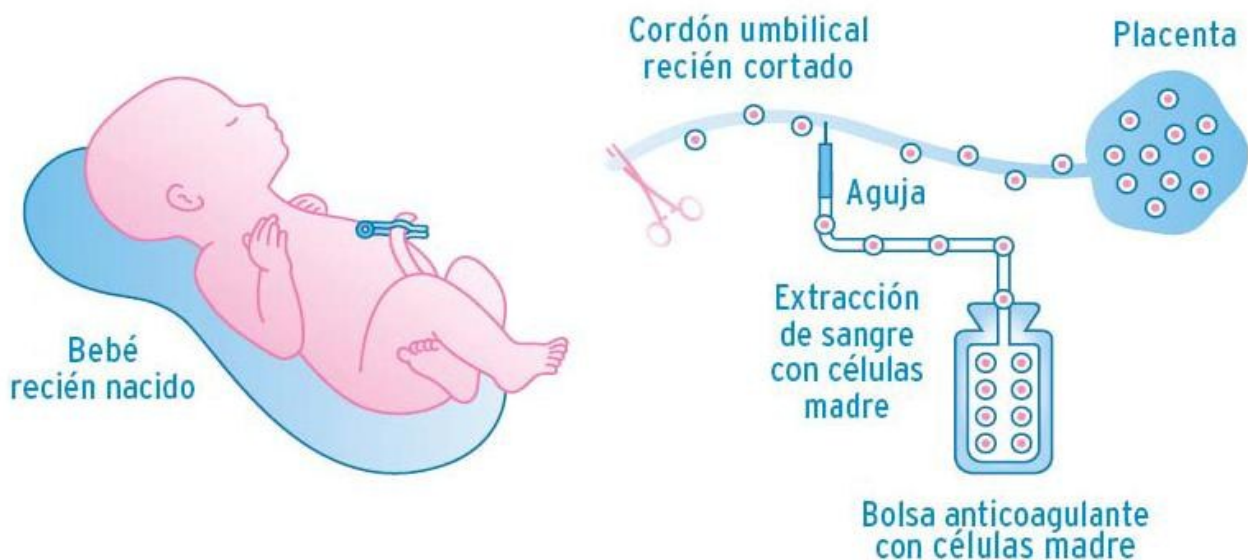
ejemplo de médula ósea, sangre de cordón umbilical ,tejidos ,córneas...

Esta falta de regulación llevaría a una falta de seguridad y calidad en las donaciones y trasplantes de tejidos por inexistencia de condiciones y requisitos. Por la inexistencia de exigencias imprescindibles, lo cual generaría un alto riesgo de transmisión de enfermedades o de fracaso de un trasplante.

Del mismo modo, quedarían sin control público las importaciones y exportaciones de tejidos. La norma declarada nula exigía

extraordinaria y urgente necesidad, según los criterios establecidos en el artículo 86 de la Constitución Española, el vigente Real Decreto-ley 9/2014 de 4 de julio con el fin de dar cumplimiento al rango normativo exigido, y de mantener las garantías en la regulación de los aspectos y actividades relacionadas con la aplicación terapéutica de células y tejidos humanos.

Centrado el tema en cuestión sobre la posibilidad de extracción de células madre, dentro de la sangre existente en el cordón



autorización administrativa previa a la importación o exportación. Y de este modo, podrían enviarse, sin ningún control, tejidos de donantes españoles a cualquier país del mundo o entrar en España en iguales condiciones, tejidos de donantes procedentes de países que no cumplen unos criterios mínimos de calidad. Con el riesgo que eso conlleva de transmisión de enfermedades a los receptores.

Es por ello que ante esta situación de vacío legal tras la reciente decisión del Tribunal Supremo, se ha aprobado con carácter de

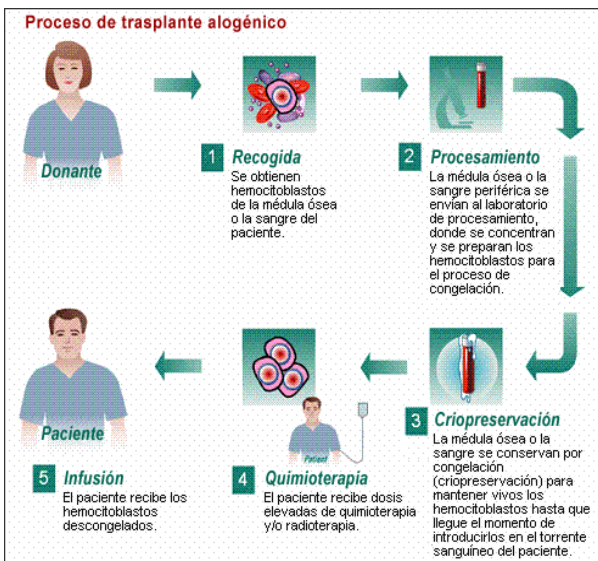
umbilical, entraremos a conocer los aspectos legales de su conservación. Tema controvertido, por cuanto su regulación jurídica limita la toma de decisión de las familias que se plantean esta cuestión.

3. LA CONSERVACIÓN DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

Una vez que se ha tomado la decisión de proceder a conservar la sangre del cordón umbilical del bebé en el momento del alumbramiento, la sangre portadora de

células madre puede tener varios destinos, en función de lo decidido por los padres.

Si el destino de esta sangre es una donación, tal y como sugería el RD 1301/2006 y el recientemente aprobado real Decreto-ley 9/2014 de 4 Julio, será enviada a un Banco Público a la espera de ser necesitada por un receptor compatible. Uso alogénico*².



Si la familia decide conservarla para uso propio, estaríamos refiriéndonos a la opción de depósito y la sangre será enviada a un establecimiento privado.

Los Bancos públicos son aquellos establecimientos que recogen las muestras que las familias deciden donar para que sean utilizadas posteriormente por pacientes que puedan necesitarlas, mientras que los Bancos Privados son establecimientos que almacenan congeladas las células madre que provienen de las muestras de sangre del cordón umbilical con el propósito de ser utilizadas en un futuro por el propio niño o en su caso familiares directos que pudieran necesitarlas

² USO ALOGENICO: Utilización en terceras personas diferentes al niño de la que procede la sangre del cordón umbilical

(hermanos). Esta opción puede llevarse a cabo a cambio de una contraprestación económica inicial establecida con la empresa destinada a la conservación, y sucesivas cantidades en concepto anual de mantenimiento de las células madre en su establecimiento dedicado al almacenamiento y conservación de las mismas.

En España sólo es posible elegir el modelo de donación a un banco público a la espera de que aparezca un receptor compatible. No es posible su conservación en Bancos privados para su uso en el propio niño o sus familiares.

En caso de optar por esta última modalidad, la sangre deberá ser enviada para su conservación fuera de España a otros países donde su legislación sí permita llevar a cabo esta práctica.

A pesar de que el antiguo RD 1301/2006 preveía en su exposición de motivos, la posibilidad de que existiesen establecimientos entre cuyas actividades figurase la preservación de células y o tejidos para un eventual uso autólogo*³, consideraba que

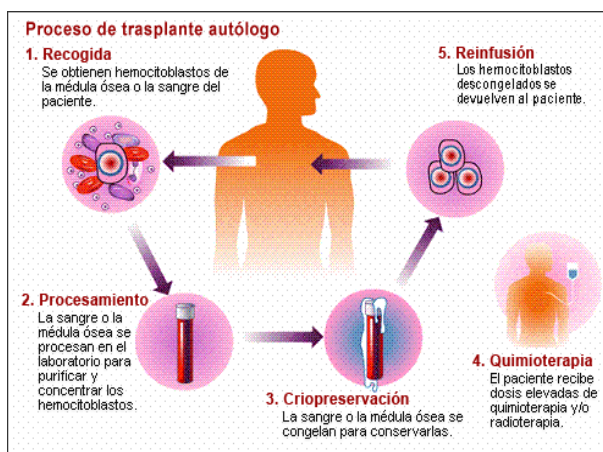
En España sólo es posible elegir el modelo de donación a un banco público. No es posible su conservación en Bancos privados para su uso en el propio niño o sus familiares.

aunque no existía una base científica, ni

³ USO AUTOLOGO; Para su utilización en el propio niño del que procede la sangre del cordón umbilical. También se utiliza esta expresión para su utilización dentro del entorno familiar

respaldo de las instituciones europeas a dicha práctica, y que era necesario regularla dada la presencia y progresiva implantación de este tipo de establecimientos en los países de nuestro entorno. Estableciendo los requisitos necesarios que habían de cumplir.

A pesar del reconocimiento de esta actividad en mencionada normativa, (un



reconocimiento que pasaba por este tema muy de puntillas), la realidad a efectos prácticos es otra muy distinta. Las autorizaciones para llevar la actividad de las entidades de carácter privado a la práctica, no llegan por parte del Gobierno central o por parte de los Gobiernos autonómicos, según el caso. Es por este motivo por el cual, si las familias deciden conservar la sangre del cordón umbilical de su hijo para ser utilizado por él mismo o sus hermanos, ésta habrá de ser enviada al extranjero. Al igual que hicieron en su día los príncipes de Asturias, hoy Reyes de España, enviando la sangre del cordón umbilical de su primogénita a Arizona (EE.UU), para la conservación de las células madre y posible utilización futura en la pequeña, o en su hermana.

Esta situación crea la necesidad y la procedencia de legalizar en España, la autorización de los Bancos de Sangre

dedicados a la conservación de la muestra para un uso autólogo exclusivamente, y que a día de hoy obliga a las familias a conservar las células madre de sus hijos en establecimientos extranjeros, impidiendo que puedan hacerlo libremente aquí. Situación que no ha cambiado con la nueva regulación recientemente aprobada el pasado mes de Julio y que aboca a una situación de turismo celular.

4. LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD

Si pretendemos conservar las células madre procedentes de la sangre del cordón umbilical de nuestro hijo para un uso privado, son muchas las empresas que ofertan este servicio en España (aunque una vez contratados sus servicios, se verán obligadas a exportar la muestra a otros países de nuestro entorno para su conservación).

La situación no ha cambiado con la nueva regulación recientemente aprobada el pasado mes de Julio, y que aboca a una situación de turismo celular.

Es cierto que en el momento de tomar la decisión en uno u otro sentido, es decir, donación o depósito, en ocasiones puede resultar complicado para alguien ajeno a esta materia determinar los límites entre lo que puede ser la publicidad real y la engañosa, a la hora de tener en cuenta la realidad del beneficio concreto que cabrá esperar de la

conservación de la sangre del cordón umbilical del propio hijo. Pero la cuestión que el lector debe plantearse es si realmente estas entidades privadas y el servicio prestado por las mismas, ¿no pueden coexistir en territorio español con el ya implantado modelo de donación de sangre de cordón, establecido en nuestro país mediante los establecimientos o bancos Públicos?



La limitación en la operabilidad de este tipo de establecimientos afecta no sólo a la libertad de empresa reconocida en nuestra Constitución Española, sino también afecta a la autonomía de la voluntad.

En la mayoría de los casos, cuando unos padres deciden conservar la sangre del cordón de su hijo en el momento del alumbramiento, lo hacen motivados por la misma razón: la esperanza de que si en un futuro pueda ser necesitada la aplicación de esas células madre, con motivo de la evolución y desarrollo de la ciencia y la medicina, pueda resultar beneficioso para una futura curación de eventuales enfermedades, tanto de su propio hijo como de alguno de sus hermanos que pudieran necesitarlo.

Esta limitación que opera en España a la hora de poder escoger libremente la conservación para uso propio o intrafamiliar, podría ser considerada un atentado contra no sólo la

autonomía de la voluntad, sino también contra la protección de la familia y el libre desarrollo de la personalidad.

Los más detractores de la conservación en centros privados de la sangre del cordón umbilical, esgrimen entre sus argumentaciones los siguientes motivos:

-Principalmente consideran que no existe base científica y respaldo de las instituciones europeas, para llevar a cabo esta práctica con resultados que pudieran ser efectivos (en la misma línea de la exposición de motivos del anulado RD 1301/2006).

-Consideran que no se justifica el uso autólogo de estas células madre, porque tendrán la misma estructura patológica que la persona de la que proceden.

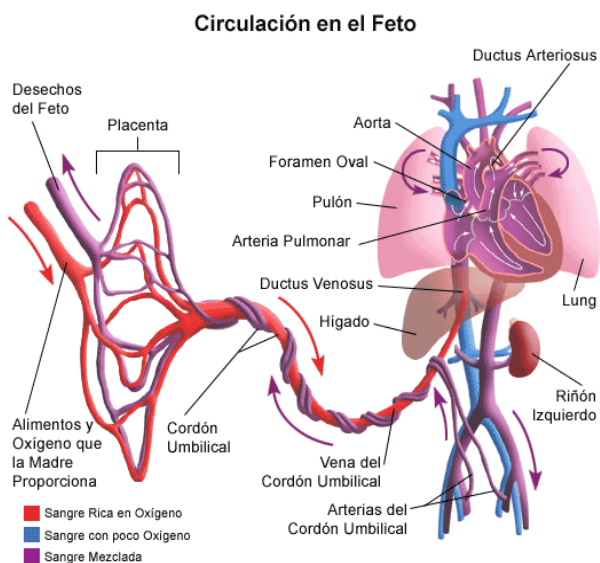
-Se refieren también a la falta de altruismo y solidaridad entre semejantes, dado que para ellos sería lo esperable en la sociedad actual, considerando que si todas las familias se guardasen para sí la sangre del cordón umbilical de sus hijos, se acabarían las muestras existentes en los Bancos Públicos de las que pueden disponer los receptores compatibles gracias a la solidaridad. Desde mi punto de vista, se trata de una serie de valores de carácter ético que no pueden ser



impuestos de manera generalizada por cuanto estos valores residen en la voluntariedad del sujeto que los lleva a cabo.

5. TITULARIDAD DE LA SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

A quién pertenece? ¿Quién es el propietario de la sangre del cordón umbilical?



Para poder abordar esta cuestión, ya tratada en anteriores ocasiones en diversos estudios jurídicos en la materia, hay que plantearse primeramente si estamos hablando de la elección del sistema de donación o de depósito.

He tenido ocasión de revisar las diferentes opiniones vertidas por conocidos juristas expertos en la materia, y a mi modo de ver y muy en relación con la postura defendida por Don Ricardo de Lorenzo y Montero "*Bancos de sangre de cordón umbilical. Titularidad o derecho de propiedad de la sangre de cordón umbilical*", la propiedad o titularidad de la muestra pertenecerá al recién nacido por cuanto que proviene de aquel, del cordón umbilical que hasta ese momento ha formado

parte del nasciturus, por lo que se entiende ha de reconocerse una capacidad para disponer de la sangre que de él mismo procede.

Evidentemente, en tanto en cuanto es un menor de edad, serán sus representantes legales, o sus progenitores, los cuales decidirán si conservan la sangre del cordón umbilical para uso propio, o por el contrario adoptan la decisión de donarlo.

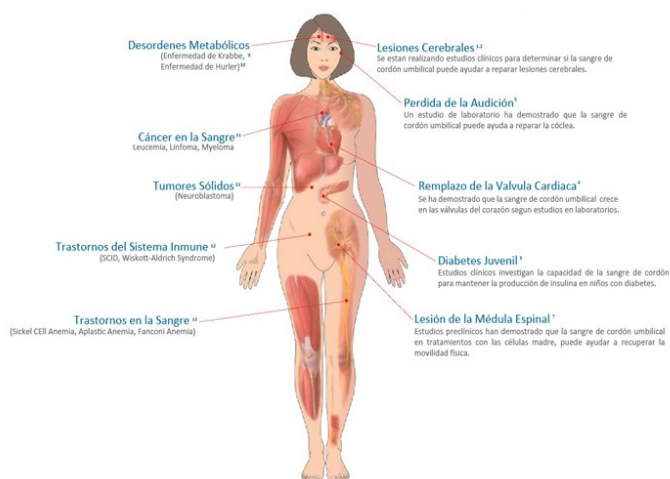
Para el caso de que se produzca una donación y la muestra sea enviada después del alumbramiento a un banco público, la titularidad de la muestra sería en este caso para el centro sanitario que recibe la donación, para su posterior uso en un tercero que pueda necesitarla. En el momento en que ese receptor reciba esa donación de sangre para el restablecimiento de su salud, será él quien adquiera la propiedad de la misma.



6. BREVE ACERCAMIENTO A LAS APLICACIONES DE CELULAS MADRE EN MEDICINA REGENERATIVA

Entendemos por medicina regenerativa, aquella rama de la ciencia cuyo objetivo es curar enfermedades debidas al funcionamiento anómalo de determinadas células, tejidos u órganos, reemplazándolos por células, tejidos u órganos funcionales inmunológicamente y compatibles con el paciente.

En la actualidad conocemos que, además de la médula ósea, la sangre proveniente del cordón umbilical contiene células madre que pueden ser aplicadas para el tratamiento de enfermedades hematológicas, pero también pueden ser usadas en el terreno de la medicina regenerativa.



Esta argumentación es utilizada también como razón, a la hora de tomar la decisión de conservar la sangre del cordón umbilical por parte de las familias, para uso autólogo, o para el caso de realizar una donación que pueda servir a otra persona que lo necesite en un futuro.

La realidad actual en cuanto a su aplicación en medicina regenerativa, es que aún se encuentra en una fase previa de investigación. Pero no hay que olvidar que la ciencia avanza a pasos agigantados, y no es deseable la idea de que en unos años las células madres conservadas o donadas, puedan tener más y mejores aplicaciones terapéuticas en este campo.

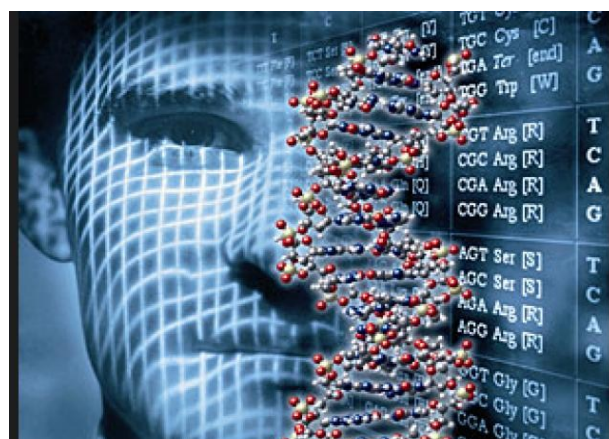
Ya de forma experimental se han utilizado células madre, sobre todo células madre mesenquimales de médula ósea, para la regeneración de tejidos blandos, para acelerar

la remodelación de fracturas óseas, para la regeneración del tejido óseo en cavidades quísticas, o tras la extirpación de tumores.

7. CONCLUSIONES

En mi opinión y a la vista de lo expuesto, considero que en el momento actual que nos encontramos y teniendo en cuenta la realidad que predomina en nuestro país, es procedente en términos absolutos autorizar la existencia de establecimientos privados que puedan operar libremente en España, para que las familias que opten por la conservación de sangre de cordón umbilical de modo privativo, no se vean obligadas a iniciar un peregrinaje de células madre hasta establecimientos extranjeros, limitando al mismo tiempo e impidiendo que las empresas españolas puedan operar libremente en territorio español.

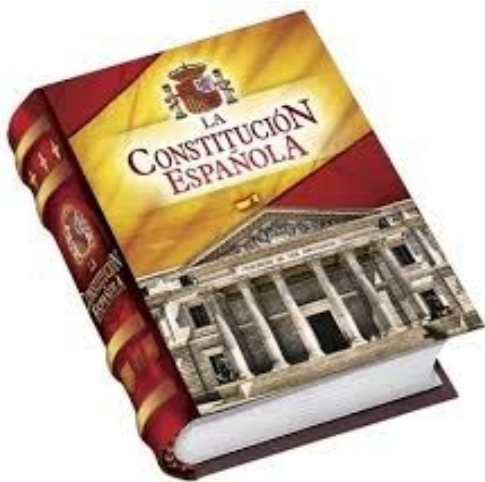
Aunque existen posturas en contra de la conservación para uso autólogo, también existen estudios a favor, y pruebas realizadas ya satisfactoriamente que avalan esta práctica. Teniendo en cuenta además lo



rápido que evoluciona la ciencia médica, y que la conservación de estas células madre tiene un periodo de 25 años, no resulta descabellado pensar que en este espacio de

tiempo, de cara a futuro, se haya podido avanzar aún más a favor de su aplicación, por ejemplo, como veíamos, en el campo de la medicina regenerativa.

El recientemente anulado RD 1301/2006 realizaba en su exposición de motivos juicios de valor que en mi modo de entender no le correspondían, al decir, "...aunque no exista base científica actual ni respaldo de instituciones europeas a dicha práctica". Cuando se ha comprobado científicamente que las probabilidades de compatibilidad de las células madre albergadas en la sangre del cordón umbilical entre hermanos, son de un 25% y de un 100% en el propio niño. Datos objetivos valorables por los progenitores a la hora de decidir sin conservan la sangre en un banco privado para uso intrafamiliar. ¿Acaso no es esta una razón suficiente?



La legislación actual pretende con el modelo de donación de las células madre de sangre de cordón umbilical en establecimientos públicos, fomentar sin lugar a dudas valores como el altruismo, la gratuidad, la solidaridad..., valores éticos que son esperables en una sociedad instruida. Pero considero que este tipo de principios que son a la vez tan loables como deseables, no

pueden ser impuestos a la generalidad de una sociedad, por cuanto que todos y cada uno de nosotros tenemos el derecho a decidir, amparado dentro de nuestra autonomía de la voluntad reconocida por el hecho de ser personas.



No cabe lugar a dudas que España es un país altamente solidario. Si estas características no formasen parte de la personalidad de esta sociedad, no seríamos lo que hoy somos en materia de trasplantes. Un espejo en el que otros se miran y como dato objetivo, los bancos públicos que se nutren a día de hoy de estas donaciones, estarían vacíos.

Defiendo firmemente la coexistencia de ambos sistemas y que éstos sean autorizados y amparados por nuestra legislación. Sólo la

Defiendo firmemente la coexistencia de ambos sistemas, y que éstos sean autorizados y amparados por nuestra legislación.

libertad para poder elegir dentro de nuestro país, entre donación en un Banco público o depósito en un Banco Privado, respetará de manera real los derechos a la libertad de

empresa, y el derecho a la autonomía de la voluntad.

Pero que el cordón umbilical, fuente de células madre, no acabe como pasaba años atrás en el cubo de la basura, tras el alumbramiento.

Espero que con este artículo, se tome conciencia que por encima de todo lo más importante es no desechar la sangre del cordón umbilical en el momento del parto. Que se cuente con la información necesaria para que los progenitores opten, bien por el sistema de la donación para ponerlo en disposición de un tercero que pueda necesitarlo, o por el depósito para su utilización por el propio niño o sus hermanos.



REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1.PALACIOS M. Bancos de cordón umbilical. Círculo Rojo.Gijón 2011.
- 2.MATESANZ R. El Milagro de los trasplantes de la donación de órganos a las células madre.La esfera de los libros 2006.
- 3.BUENO I TORRENS D. Organos a la carta.Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona 2007.
- 4.MATESANZ R. Sangre de Cordón umbilical.Utilidad ,Almacenamiento y uso.Presentación al Comité de Bioética de España el 13/09/2010.
- 5.LARIOS RISCO D. Donación y uso privativo de la sangre de cordón umbilical:Aspectos jurídicos.
- 6.DE LORENZO R. Bancos de sangre de cordón Umbilical.Titularidad o derecho de propiedad de la sangre de cordón umbilical.Presentación al Comité de Bioética de España.13/09/2010 Madrid.
- 7.Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical. Versión aprobada por la subcomisión de TPH y por la comisión de trasplantes del Consejo Interterritoria.Marzo 2008.
- 8.JORQUI AZOFRA M. Reflexión ético-jurídica sobre la donación y uso privativo de la sangre de cordón umbilical.
- 9.PÁEZ ARES T. Bancos y depósitos de sangre del cordón umbilical a la luz de la legislación española. Publicaciones.
- 10.AZNAR.J.Informe del Centro Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia y Generalitat Valenciana.
- 11.Real Decreto 1301/2006 de 10 de Noviembre .Por el que se establecen las normas de calidad seguridad para la donación, la obtención, la evaluación,el procesamiento,la preservación,el almacenamiento y la distribución de células de tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
- 12.TC Auto num 258/2007 de 23 de Mayo.
- 13.Constitución Española de 1978.
- 14.Informe sobre los bancos de sangre y tejido de cordón umbilical y placenta.Lisboa 31 de Octubre de 2012.
- 15.Organización Nacional de Trasplantes:www.ont.es.
- 16.Comité de Bioética de España, consultado en Septiembre de 2013.
- 17.Registro Español de Donantes de Médula Osea,REDMO.
- 18.página web:<http://www.fcarreras.org>; consultada en Junio 2013.
19. página web:<http://www.sevibe.es>; consultada en Junio de 2013.

20. página web:<http://www.vidacord.es>;consultada en Junio de 2013.
21. página web:<http://www.crio-cord.es>;consultada en Junio de 2013.
22. página web:<http://www.bancodecordonivida.com>;consultada en Junio de 2013.
23. página web;<http://www.bioteca.es>; consultada en septiembre de 2013.
24. Westlaw Insignis.
25. Blog derecho sanitario.
26. Blog derecho y bioética.

LA RESPONSABILIDAD EN LA PROTECCIÓN DE DATOS SANITARIOS

MARÍA MERCEDES SERRANO PÉREZ

Profesora de Derecho Constitucional
Universidad Castilla La Mancha



INTRODUCCIÓN

La utilización de los datos sanitarios constituye una vía imprescindible para recibir una adecuada y correcta prestación sanitaria. La asistencia sanitaria combina tanto aspectos médicos, desde luego los más indispensables y necesarios para salvaguardar la vida del paciente, como jurídicos, desde el momento en que las referencias sobre la salud incorporan aspectos privados, íntimos de la persona.



Estas facetas reservadas arrojan un conocimiento de circunstancias de la vida del individuo a las que posiblemente el sujeto no quiera dar publicidad y que da a conocer al médico en virtud de la confianza que le genera y en el convencimiento de que sólo con la entrega de esa información recibirá un beneficio mucho mayor que el perjuicio que supone revelarla.

Desde el punto de vista del Derecho, y centrados en nuestro ordenamiento jurídico, la asistencia sanitaria ha entroncado con derechos de la persona a los que la Constitución española ha elevado a la categoría de fundamentales en unos casos: el derecho a la vida, el derecho a la igualdad, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, etc., o derechos prestacionales en otros como el derecho a la salud. Es en ese terreno jurídico, el de la protección y defensa de los derechos fundamentales, en el que el profesional médico ha de conocer también los límites y posibilidades que ofrece la ley, tanto por su correcta y legal actuación, en todos los sentidos posibles que abarque su profesión, como por su protección frente a los posibles conflictos que puedan surgir.

En este contexto las cuestiones relacionadas con la responsabilidad son una constante en el sector sanitario: responsabilidad por la asistencia sanitaria (que puede ser errónea a veces), responsabilidad patrimonial de los servicios sanitarios, responsabilidad penal en los casos más graves y responsabilidad en cuanto el responsable del tratamiento

sanitario se convierte también en responsable de datos especialmente delicados que ha de manejar para cumplir con la asistencia sanitaria.

Se trata de relacionar el tratamiento médico, la intimidad y la protección de los datos sanitarios.

Las normas sanitarias no han sido nunca ajenas a la necesidad de reflejar entre sus contenidos aquellos aspectos más imbricados con el Derecho, es decir, los relativos a los derechos de los sujetos-pacientes. En lo que ahora nos interesa, se trata de relacionar el tratamiento médico, la intimidad y la protección de los datos sanitarios, pues todos estos elementos han de ser conjugados cuando se trata de ofrecer asistencia sanitaria a una persona y, hacerlo correctamente, esto es, sin lesionar los derechos del individuo que pueden verse por ello más afectados.

1. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS EN LAS LEYES SANITARIAS EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS DE LOS PACIENTES, EN ESPECIAL CON LA INTIMIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.

Como decíamos en el párrafo anterior, la defensa de la intimidad del paciente, de la confidencialidad de lo conocido a través del tratamiento sanitario se ha visto reflejado en las normas sanitarias desde el comienzo. La necesidad de guardar reserva de los aspectos del paciente más resguardados ha sido objeto de regulación que ha ido ampliando sus contornos al unísono de los avances en el tratamiento de la información,

que constituye uno de los retos más recientes e importantes del Derecho.

La exigencia por parte del sujeto paciente de confidencialidad de los aspectos reservados que revela al médico constituye un derecho que se transforma en obligación a observar por parte de este último y en responsabilidad suya garantizarlo.

Ya la Ley 14/1986 General de Sanidad¹ alude en su art. 10, como derechos de los sujetos respecto a todas las administraciones públicas sanitarias “al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad...”, al igual que “a la



confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público”.

Aunque la Ley del 86 reflejaba de forma concisa, pero clara, los derechos del sujeto que habría que preservar especialmente en el ámbito de las salud, no podía precisar con detalle algunos aspectos de esa exigencia jurídica de respeto a la intimidad, al menos con la perspectiva de la protección de datos. Sin embargo, en el espacio internacional se empezaba ya a relacionar el tratamiento de la información personal en el campo de la salud y se vislumbraba la necesidad de

¹ Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, BOE núm. 102, de 29 de abril de 1986.

establecer criterios y principios específicos en este terreno.

La Ley de protección de datos, en adelante LOPD², elaborada para trasladar los criterios de la Directiva europea 95/46/CE al ordenamiento interno, es la norma española que regula los datos personales y su tratamiento, ya sea informatizado o manual, pues los principios generales que regulan el



tratamiento de la información personal afectan a ambos tipos de tratamiento, aunque obviamente las posibilidades de la informática son mucho más amplias que las de un archivo de datos manual.

La LOPD regula los datos personales y, como categoría especial, los datos relativos a la salud, en el convencimiento pleno de la relación de éstos con la intimidad del sujeto y con la protección del resto de sus derechos. En lo que ahora nos interesa, la norma de protección de datos hace alusión, para completar su regulación, a las normas sanitarias específicas, que obviamente tienen mayor capacidad y resolución para detallar en el sector de la sanidad lo que la norma de

protección de datos regula con carácter más general (art. 8 LOPD)³.

Tras la Ley del 86, la siguiente norma sanitaria general que aborda contenidos de salud es la Ley de autonomía del paciente del año 2002⁴, en lo sucesivo LAP. La LAP es la norma española que por vez primera regula la historia clínica (HC) del paciente y recuerda también para ello los principios generales que informan el tratamiento del paciente y la necesidad de preservar sus derechos, introduciendo ya en esta norma conceptos y expresiones más conectadas con la protección de datos y el tratamiento de la información.

Así, el art. 2 LAP, dentro de la rúbrica principios básicos, señala que “La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica”. Por su parte, el mismo precepto en su apartado séptimo hace referencia a la obligación de guardar la reserva debida (secreto profesional en el sector de la salud) por parte de la persona que elabore o acceda

² Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, BOE, núm. 298, de 14 de diciembre.

³ Art. 8 LOPD Datos relativos a la salud. “Sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 11 respecto de la cesión, las instituciones públicas y los centros sanitario públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”.

⁴ 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”, BOE núm. 274, de 15 de noviembre de 2002

a la HC. Más adelante el art. 7 LAP⁵ recoge expresamente los conceptos entre los que se establece una conexión esencial en este campo y que han de ser objeto de regulación armónica y equilibrada.

Los centros sanitarios son los responsables y obligados a elaborar las normas que garanticen al acceso legal a los datos.

En efecto, el citado precepto establece el derecho de las personas a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a la salud y a que nadie pueda acceder a ello sin la autorización previa determinada por la ley. El segundo apartado del precepto señala a los centros sanitarios como los responsables y obligados a adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos ya mencionados y a elaborar las normas que garanticen al acceso legal a los datos.

Destacamos, por tanto, como ideas fundamentales el derecho a la intimidad, el carácter confidencial de los datos, los datos referentes a la salud, la limitación del acceso a los mismos y la responsabilidad de los centros en la garantía de los citados derechos.

Aunque más adelante volveremos sobre esta ley, recuperamos ahora la reflexión sobre el

⁵ En concreto el art. 7, derecho a la intimidad, dice así: “1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley. 2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar los derechos a que se refiere el apartado anterior, y elaborarán cuando proceda, las normas y los procedimientos protocolizados que garanticen el acceso legal a los datos de los pacientes”.

marco legal a aplicar y los principios generales del tratamiento de datos sobre la salud a través de la siguiente norma sanitaria. Así, el art. 7 de la Ley General de Salud Pública (LGSP)⁶, cuya rúbrica alude al Derecho a la intimidad, confidencialidad y respeto a la intimidad dice así:

“1. Todas las personas tienen derecho al respeto de su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública.

2. La información personal que se emplee en las actuaciones de salud pública se registrará por lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y 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.”



Con esta referencia expresa se cierra el círculo legal cuando se relacionen la intimidad y la protección de datos y la asistencia sanitaria. Por tanto, en el ámbito de los datos sanitarios y su protección hay que conjugar lo establecido en la LOPD, en la LAP y en la LGSP. Se trata de la conjunción de un derecho fundamental, como es la

⁶ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, BOE núm. 240, de 5 de octubre de 2011.

protección de la intimidad a través de la protección de los datos de carácter personal, y de la necesidad de recibir asistencia sanitaria para, en ocasiones salvaguardar un derecho fundamental de un valor incomparable, esto es la vida, en otras solamente nuestra salud, lo que en sí mismo ya constituye un valor esencial.

Sin duda, la protección del derecho fundamental a la vida prioriza, en caso de conflicto la asistencia sanitaria, aunque ello no debe reducir la protección de los otros derechos en juego, la intimidad y la protección de datos, entre otros. Por este motivo, el equilibrio entre todos los derechos e intereses involucrados debe ser la pauta a seguir y en la búsqueda de esa armonización se afanan tanto las leyes sanitarias como la de protección de datos.



Por ello, las remisiones de unas a otra son constantes. Las sanitarias regulan las especificidades propias del ámbito de la salud, es decir, el espacio donde no ha llegado la LOPD, que por ser una norma general de principios y criterios universales no puede descender al detalle que los diversos sectores que manejan datos de carácter personal precisan, en este caso el ámbito sanitario. Todo ello con el fin de no dejar espacios de protección vacíos, espacios que quedan cubiertos, como decimos, por las leyes específicas.

En el contexto que nos sirve de reflexión en estas líneas, nos situamos en los límites del derecho a la intimidad, y más en concreto del derecho a la protección de los datos personales del individuo⁷. El profesional médico que atiende al paciente, además de su obligación en el campo médico, se convierte en un sujeto que maneja y trata datos personales, esto es, ha añadido a su tarea profesional específica la de responsable de datos, por lo que está obligado a conocer las reglas, los principios y criterios que la LOPD recoge cuando se manejen informaciones personales, mucho más cuando en el ámbito de su profesión emplee datos relativos a la salud, que gozan en la LOPD de unas garantías reforzadas, debido a lo delicado de la información que revelan.

Como ha reconocido el Tribunal Constitucional los datos relativos a la salud de una persona constituyen un componente significativo dentro del espacio reservado y controlado por el individuo “en la medida en que constituyen un elemento importante de su vida privada”, por lo que el carácter confidencial de los mismos, continua señalando el TC, representa un principio esencial del sistema jurídico de los Estados que ha de regular su tratamiento⁸.

⁷ Ambos derechos aparecen recogidos en el art. 18.1 y 4 de la Constitución española en los siguientes términos: “Se reconoce el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 4. La Ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Una interpretación del sentido del art. 18. 4 CE puede verse en SERRANO PÉREZ, M. M., **El derecho fundamental a la protección de datos. Derecho español y comparado**, Thomson-Cívitas, Madrid 2003, págs. 123 y ss.

⁸ STC 70/2009, de 23 de marzo, FJ 2.

2. LOS CONCEPTOS ESENCIALES DE LA PROTECCIÓN DE DATOS QUE TIENEN INCIDENCIA EN EL SECTOR SANITARIO

Para adentrarnos en la diferente responsabilidad de los sujetos intervinientes en el tratamiento de datos relativos a la salud es preciso aludir a los conceptos propios de la materia y que por ello adquieren matices específicos. Se encuentra recogidas en el art. 3 LOPD y completadas en el art. 5 del Reglamento de desarrollo de la ley⁹ (RLOPD) y son:

a) **Datos de carácter personal:** cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables; por su parte el RLOPD completa esta definición precisando que se trata de cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo

Son datos de carácter personal relacionados con la salud, las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo.

En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética.

concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Si bien la LOPD solamente contiene la definición de dato de carácter

personal el art. 5 g) RLOPD precisa lo que debe entenderse por dato de carácter personal en el ámbito de la salud. En concreto señala que dato de carácter personal relacionados con la salud son “las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo.

En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética”, esto es, la información que aporte datos sobre el estado de salud de un sujeto.

b) **Fichero:** todo conjunto organizado de datos de carácter personal, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso. Los ficheros pueden ser públicos o privados dependiendo de la naturaleza pública o privada de su responsable. La distinción es importante pues la creación de ficheros en el sector público se somete a diferentes requisitos que en el sector privado, especialmente en cuanto al momento de creación, modificación o supresión de los ficheros de las Administraciones públicas que ha de hacerse “por medio de disposición general publicada en el <<Boletín Oficial del Estado>> o Diario oficial correspondiente (art. 25 y ss. LOPD y 52 y ss. RLOPD).

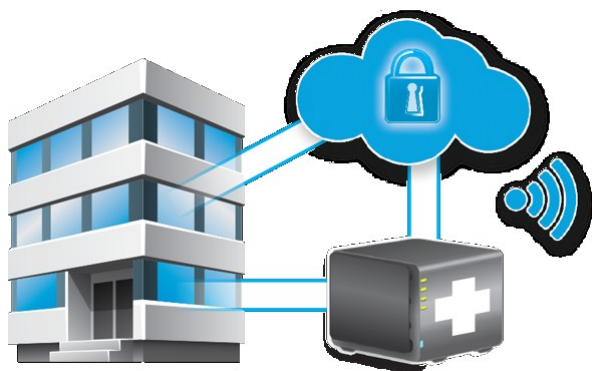
c) **Tratamiento de datos:** operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias. La definición de tratamiento

⁹ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, BOE núm. 17, de 19 de enero de 2008.

incluye todas las operaciones que se pueden realizar con los datos. El concepto de tratamiento, esto es, de manejar en sentido amplio los datos de carácter personal nos sitúa en el terreno de la protección de datos y por tanto en la aplicación de todos los criterios contenidos en las leyes.

d) Responsable del fichero o tratamiento: persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento. El RLOPD afina este concepto señalando que el responsable puede ser un individuo solo o con otros, o un órgano o pluralidad de ellos o una persona que no realiza materialmente el tratamiento (que será lo habitual). Existirá, en la propia organización de la administración o entidad responsable del tratamiento o fichero un servicio o sujeto que maneje los datos de carácter personal o bien como encargado de tratamiento o bien como usuario¹⁰.

En este último caso el usuario aparece definido en el art. 5 p) RLOPD como el “sujeto



o proceso autorizado para acceder a datos o recursos. Tendrán la consideración de

usuarios los procesos que permitan acceder a datos o recursos sin identificación de un usuario físico”. Según la AEPD el usuario “es el sujeto y en los términos de la consulta es la persona física que accede al fichero, por otro lado, el perfil del usuario define el tipo de información a la que puede acceder y el tipo de acciones que puede realizar y, por último, todo usuario con independencia de su perfil debe tener un acceso controlado”¹¹.

El usuario respecto de la protección de datos y en relación con la HC está especialmente regulado en la LAP con ocasión de los accesos a la misma, así como su correspondiente responsabilidad (art. 16.4 y 16.5 LAP). La LAP habla también de usuario desde la perspectiva de la persona que utiliza los servicios de salud (art. 2 LAP).

e) Afectado o interesado: persona física titular de los datos que sean objeto del tratamiento a que se refiere el apartado c) del presente artículo.

f) Procedimiento de disociación: todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable. La definición de procedimiento de disociación nos introduce en el concepto de dato anónimo, esto es, el dato que aparece desligado de la identidad del sujeto al que se refiere la información que aporta.

En realidad, el dato así recogido deja de ser objeto de protección por parte de la LOPD, pues ésta solamente se aplica a los datos que

¹⁰ Aunque obviamente los datos también pueden ser manejados directamente por el responsable del tratamiento, pues no existen para ello ningún impedimento legal.

¹¹ Informe 0503/2009 de la AEPD, disponible en <http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canal/document>. Según el Informe de la AEPD los funcionarios adscritos al órgano administrativo responsable del fichero son usuarios del mismo.

identifican o permiten identificar al interesado. La definición de dato anónimo no aparece recogida en la LOPD; es el RLOPD quien define el dato anónimo como “aquél que no permite la identificación de un afectado o interesado”¹², aunque puede tratarse de un proceso reversible

g) Encargado del tratamiento: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que, sólo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.

h) Consentimiento del interesado: toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el



interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen. Cesión o

¹² La Ley de investigación biomédica, Ley 14/2007, de 3 de julio (LIB), contiene además de la definición de datos anónimo la de datos anonimizado o irreversiblemente dissociado (art. 3 i)) como el dato “que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o por que dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiéndose por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionado”. El dato anonimizado se diferencia del dato codificado o reversiblemente dissociado que es el “dato no asociado a una persona identificada o identificable por haberse sustituido o desligado la información que identifica a esa persona utilizando un código que permita la operación inversa”.

comunicación de datos: toda revelación de datos realizada a persona distinta del interesado.

Por su parte el RLOPD contiene el art. 5 b) el concepto de cancelación: procedimiento en virtud del cual el responsable cesa en el uso de los datos. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, consistente en la identificación y reserva de los mismos con el fin de impedir su tratamiento excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos. La falta de medios para la cancelación fundamenta un elevado número de quejas por parte de los pacientes respecto de la actuación de las administraciones sanitarias.

En el ámbito sanitario se conjugan todos los elementos anteriores cuando un sujeto, en calidad de paciente que ha de recibir asistencia sanitaria, primaria, hospitalaria, específica o de urgencias, comunica la información sobre su salud que el profesional médico estima necesaria para la correcta asistencia y que por tanto este último le solicita.

La información así recabada, que en el ámbito de la protección de datos adquiere la calificación específica de datos relativos a la salud, ha de ser organizada de un modo tal que permita cumplir la finalidad para la que ha sido recogida, esto es, la asistencia sanitaria. De ese modo los datos personales sobre la salud pueden incluirse en un fichero

de manera que esté disponible y pueda ser usada para los fines específicos.

Las especificidades del ámbito sanitario se entremezclan también con la materia de la protección de datos y desde este último punto de vista, el documento por excelencia que contiene datos relativos a la salud del paciente es la HC. En este sentido la HC constituye un fichero de datos referentes a la salud de una persona que hace referencia a un sujeto determinado, por lo que, a mi juicio, deben serle de aplicación los principios de la protección de datos (con independencia del fichero en el que se almacenen todas las HC de un centro sanitario).

Indudablemente en el caso de la HC, el profesional médico que la cumplimenta se convierte en el responsable del tratamiento de esos datos.

Por tanto, además del esencial valor de la HC desde la perspectiva sanitaria, en materia de protección de datos la HC se convierte en el fichero que almacena los datos de salud de un paciente relativos a una concreta prestación sanitaria. Indudablemente en el caso de la HC el profesional médico que la cumplimenta, o bien solicitando los datos del

paciente para construir su historial o bien con anotaciones relativas a la salud del mismo, se convierte por ese motivo en el responsable del tratamiento de esos datos, sin perjuicio de que, una vez que la HC pasa a formar parte de los archivos del centro de salud o del hospital, la responsabilidad en su cuidado y confidencialidad se extienda a otros sujetos.

Del mismo modo, cualquier persona que utilice la HC por cuenta del responsable se transformará en un encargado del tratamiento de los datos de carácter persona o bien en un usuario si cumple las condiciones a que antes hacíamos referencia y que en el siguiente epígrafe veremos.

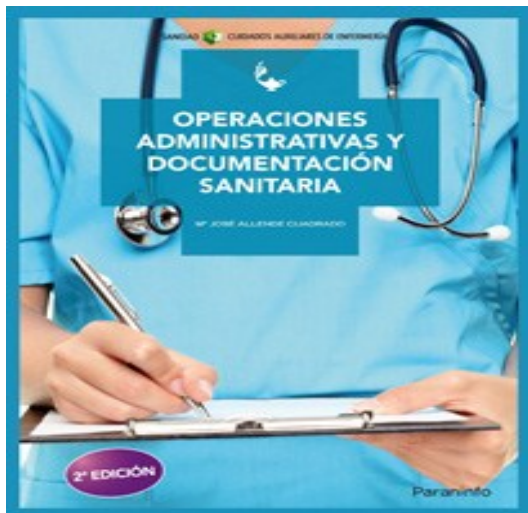
3. LA REGULACIÓN DE LA HISTORIA CLÍNICA COMO DOCUMENTO QUE INCORPORA DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La HC aparece regulada por primera vez de modo sistemático, pormenorizada y ordenada en la LAP. El art. 3 LAP define de modo general la HC como “el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial”. Por otro lado el art. 3 recoge también la definición de documentación clínica que es el “soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial”.

De modo más contextualizado, el art. 14.1 LAP señala que “la historia clínica comprende el conjunto de los documentos relativos a los procesos asistenciales de cada paciente, con la identificación de los médicos y de los demás profesionales que han intervenido en

ellos, con objeto de obtener la máxima integración posible de la documentación clínica de cada paciente, al menos en el ámbito de cada centro”.

La finalidad de la HC es según el art. 16.1 “garantizar una asistencia adecuada”. Por tanto si la HC regula el proceso asistencial de cada paciente incluye necesariamente datos relativos a la salud de una persona, por lo que será necesario observar los principios relativos a la recogida y almacenamiento de datos, pues de eso se trata en el caso de la HC, es más, de recabar y tratar datos relativos a la salud de un individuo.



La redacción del art. 14 ya es indicativa acerca de la responsabilidad en la cumplimentación y cuidado de la HC, pues alude expresamente y por un lado al médico/s que han intervenido en el proceso asistencial. Por otro lado el mismo artículo en su apartado segundo señala que cada centro archivará las HC de sus pacientes, con independencia del soporte en el que consten, para garantizar su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información.

Para lograr una homogeneidad en lo que se refiere a la correcta conservación de las HHCC, el apartado tercero del precepto señala a las Administraciones públicas como las responsables de establecer los mecanismos que garanticen la autenticidad de su contenido y de los cambios sufridos, así como las posibilidades de reproducción futura. Junto a ello, el art. 17 LAP se refiere al deber de los profesionales sanitarios de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso asistencial de cada paciente.

Por tanto, la responsabilidad de la HC se desdobra en lo que concierne a responsable de los datos que se incluyen en ella, su custodia, veracidad y reserva. En primer lugar, existe una responsabilidad individualizada de la HC en el momento preciso de su creación y/o utilización por parte de un profesional determinado para realizar un proceso asistencial puntual y requerido por el paciente en sus circunstancias de salud determinadas (o en caso de procesos asistenciales duraderos).

En ese caso, el cuidado de la HC y la responsabilidad de la información que incorpora corresponde al profesional médico que atiende al paciente pues, según el art. 15.3 LAP, “la cumplimentación de la historia clínica, en los aspectos relacionados con la asistencia directa al paciente, será responsabilidad de los profesionales que intervengan en ella”. No sólo la cumplimentación de la exactitud y corrección de los datos en ella escritos sino también su vigilancia y custodia.

Junto a ello, el art. 17.3 LAP dice que, “los profesionales sanitarios tienen el deber de cooperar en la creación y el mantenimiento de una documentación clínica ordenada y secuencial del proceso de asistencia de los pacientes”.



Ahora bien, y en segundo lugar, el art. 17.1 LAP señala que “Los centros sanitarios tiene la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha de alta de cada proceso asistencial”.

La custodia de las historias clínicas estará bajo la responsabilidad de la dirección de centro sanitario.

Además, la gestión de la historia clínica, según dice el art. 17.4 LAP, se realiza “a través de la unidad de admisión y documentación clínica, encargada de integrar en un solo archivo las historias clínicas. La custodia de dichas historias clínicas estará

bajo la responsabilidad de la dirección de centro sanitario”. Por otro lado, el art. 17.5 LAP se refiere a los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad de manera individual, siendo “responsables de la gestión y de la custodia de la documentación asistencial que generen”.

Es decir, la responsabilidad de la HC resulta compartida entre el responsable médico individualizado, que en la prestación asistencial concreta atiende al paciente, y la dirección del centro sanitario, en lo que se refiere a la conservación y custodia de la misma, aunque estas últimas funciones recaen de forma conjunta en el profesional que trabaja de manera individual.

Esa responsabilidad de los centros se centra en asegurar, como dice el art. 14.2 LAP, la seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la misma. La seguridad evita el acceso por terceros no autorizados, para lo cual se establecen las medidas de seguridad a que se refiere la LOPD y concreta el RLOPD.

La correcta conservación evita su pérdida o deterioro, es decir, asegura el mantenimiento de la HC de forma que se permita el fácil acceso y la comprensión de la información por ella facilitada. La recuperación de la misma asegura que la HC estará disponible en tiempo y forma por el sujeto que ha solicitado su acceso, siempre dentro de los márgenes legales.

Por último, el apartado cuarto del citado precepto remite a la legislación autonómica para elaborar las disposiciones necesarias “para que los centros sanitarios puedan adoptar las medidas técnicas y organizativas adecuadas para archivar y proteger las

historias clínicas y evitar su pérdida o destrucción”.

4. ALGUNAS OBLIGACIONES CONCRETAS DEL RESPONSABLE DEL FICHERO EN EL ÁMBITO DE LA SALUD.

La identificación del responsable del fichero denominado HC resulta esencial, porque desde el punto de vista de la protección de los datos sanitarios que están



incluidos en ella, ha de cumplir determinadas obligaciones y respetar criterios en la recogida de datos, y en su tratamiento posterior. Sobre él recaen funciones fundamentales como la declaración de los ficheros (sanitarios), el ejercicio ante él de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (o la especificación del servicio ante el que pueden ejercitarse), el cuidado sobre el estado de los datos en él contenidos, etc.

Según la definición de responsable antes señalada el art. 3 d) de la LOPD responsable del fichero o tratamiento “es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. En el ámbito de la salud el responsable, como ya hemos dicho, hay una responsabilidad compartida entre el médico que

cumplimenta la HC y decide los datos a incluir y cómo los va a utilizar y el centro que ha de archivar y custodiar las HHCC.

Hemos mencionado antes las figuras de encargado del tratamiento y usuario (del fichero o del tratamiento de datos). En el primer caso, el encargado del tratamiento, figura a la que alude la LOPD pero de manera muy imprecisa pero aparece regulada con detalle en el RLOPD. El encargado del tratamiento adquiere una posición importante en el ámbito sanitario, en la medida en que muchos centros sanitarios contratan al almacenamiento, la custodia y la gestión de las HHCC con un tercero distinto del hospital o centro sanitario donde el paciente ha recibido asistencia sanitaria, produciéndose una externalización de este servicio.

En estos casos la relación que vincula al centro u hospital con el tercero que custodia la HC, como decíamos en el párrafo anterior, ha de quedar concretada en un contrato en

<i>La relación que vincula al centro u hospital con el tercero que custodia la HC, ha de quedar concretada en un contrato en el que se especifique especialmente las posibilidades de actuación del encargado del tratamiento.</i>

el que se especifique especialmente las posibilidades de actuación del encargado del tratamiento. Las facultades que correspondan al encargado determinarán su responsabilidad en el tratamiento de los datos sanitarios.

La regulación de la figura del encargado del tratamiento se recoge en el art. 12 LOPD que

establece, bajo la denominación acceso a datos por cuenta de terceros, el acceso a datos por parte de un tercero. El acceso por este tercero, que sería el encargado, no tendrá la consideración de comunicación o cesión de datos si el acceso es necesario para la prestación de un servicio al responsable del tratamiento (recuérdese que la cesión está sometida a reglas específicas).



La relación que vincula al responsable del tratamiento con el encargado del mismo, sigue diciendo el precepto, debe estar regulada en un contrato, escrito o de alguna forma que quede constancia de lo pactado, donde habrán de establecerse expresamente las limitaciones y posibilidades del encargado, esto es, “que únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación a otras personas”. En el contrato habrán de figurar igualmente las medidas de seguridad que el encargado está obligado a observar.

El precepto de la Ley contempla también, como destino de los datos tras la conclusión de la prestación contractual, su destrucción o devolución al responsable del tratamiento, destrucción que entendemos debe estar

prevista expresamente en el contrato. Esta posibilidad de destrucción o conservación de los datos ha sido concretada por el RLOPD que impide la destrucción de los datos cuando existe una previsión legal que exija su conservación, obligación que determinará la devolución de los datos, asumiendo el responsable del tratamiento dicha conservación (art. 22.1 RLOPD).

Por otra parte, el apartado segundo del mismo artículo establece que el encargado del tratamiento debe conservar los datos sometidos a bloqueo en la medida en que pudieran derivarse responsabilidades como consecuencia de la relación mantenida con el responsable del tratamiento, en consonancia con lo establecido en el art. 16 LOPD. Ahora bien, la situación de bloqueo no permite la utilización normal de los datos por parte del encargado del tratamiento.

El bloqueo constituye un estado de los datos previo a la definitiva cancelación y que mantiene a los datos en una situación peculiar. En efecto, la cancelación provoca en todo caso el bloqueo de los datos, para



posteriormente proceder a su destrucción definitiva, bloqueo que imposibilita el tratamiento normal de los datos pues el responsable o encargado no podrán disponer de ellos “en la misma medida en

que podría hacerlo en caso de no haber procedido a la cancelación” de los mismos.

La contratación de servicios externos no exonera del todo al responsable del tratamiento de datos de su responsabilidad, pues tiene la obligación de velar para que el encargado del tratamiento reúna todas las garantías, para la observancia de lo dispuesto en la Ley.

Por último, el apartado cuarto del precepto deriva la responsabilidad que, en circunstancias normales recae en el encargado del tratamiento, si éste destinara los datos a otra finalidad diferente de la estipulada en el contrato (puede ser solamente para su custodia, gestión y protección en el caso de las HHCC), o los comunique o los emplee contrariando las condiciones del contrato. En estos casos, y con carácter general ante cualquier inobservancia del contrato por su parte, la responsabilidad respecto del tratamiento de los datos será exclusivamente suya y, por tanto, recaerán sobre él las sanciones por el incumplimiento de las obligaciones en materia de protección de datos.

La regulación de la figura del encargado del tratamiento ha sido detallada en el art. 20 RLOPD, que concreta algunos aspectos que la norma no aclaraba expresamente. El art. 20 de la norma reglamentaria prevé que el servicio prestado entre el encargado y el responsable del tratamiento, podrá ser remunerado o no (lo normal es que lo sea, en el caso de la externalización de las HHCC) y ser temporal o definitivo.

En relación con la contratación del tratamiento de datos a un encargado del mismo será también responsabilidad del responsable del tratamiento velar para que el encargado del tratamiento reúna todas las garantías para la observancia de lo dispuesto en esta ley (art. 20.2 RLOPD), lo que supone que la contratación de servicios externos no exonera del todo al responsable del tratamiento de datos de su responsabilidad, pues esa obligación de velar por el cumplimiento de la norma le exige realizar, en un primer momento, una comprobación del respeto de todos los principios contenidos en la norma por parte del encargado del tratamiento.

En el contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad a que se refiere el artículo 9 LOPD y que el encargado del tratamiento está obligado a implementar, en caso de existir. Las medidas de seguridad constituyen otra obligación a asumir por todas las personas que intervienen en el

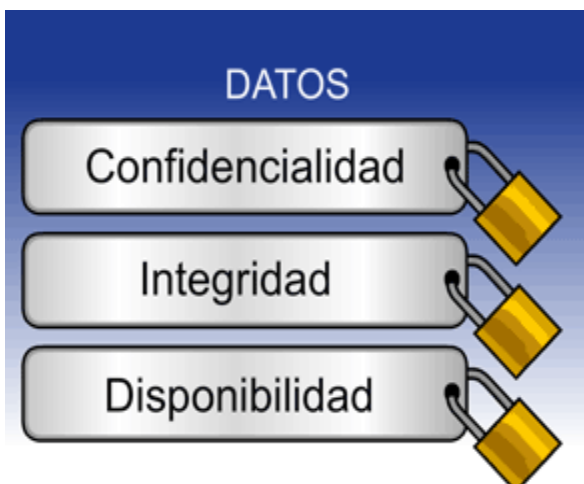


tratamiento de los datos, aunque la obligación de implementarlas y garantizar su observancia recae en el responsable (arts. 9 LOPD y 80 RLOPD).

Las medidas de seguridad, según el art. 9 LOPD, de índole técnica u organizativa

habrán de garantizar la seguridad, evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, según el estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos. Las medidas de seguridad aparecen detalladas en el RLOPD, donde se contiene una correcta y amplia descripción acerca de las precauciones que es preciso adoptar.

Sobre la seguridad de los datos y su alteración y accesos no autorizados ya hemos realizado alguna precisión más arriba. Las circunstancias variables que recoge el art. 9 – estado de la tecnología, naturaleza de los datos y riesgos o amenazas- habrán de ser valoradas en cada momento y para cada contexto concreto, pues serán los elementos que determinarán básicamente la adopción de unas u otras medidas.



En el caso concreto del ámbito de la salud, la naturaleza de los datos es indicativa del nivel de medidas de seguridad que habrá que adoptar en la mayoría de los casos pues, según el art. 81.3 RLOPD, además de las medidas de seguridad de nivel básico y medio, las medidas de seguridad de nivel alto se aplicarán también, entre otros, a los ficheros que se refieran a datos de salud.

No obstante, no todos los ficheros de datos que almacenen datos relativos a la salud han



de adoptar las medidas de seguridad más extremas. El propio reglamento contiene varias excepciones que permiten la implantación de las medidas de seguridad de nivel básico si los datos se utilizan con la única finalidad de realizar una transferencia dineraria a las entidades de las que los afectados son asociados o miembros y, en caso de ficheros o tratamiento manuales en los que de forma incidental o accesorio se contengan datos sobre la salud sin guardar relación con su finalidad.

Igualmente podrán implantarse las medidas de nivel básico en fichero o tratamientos que contengan datos relativos a la salud que aludan al grado de discapacidad o la simple declaración de la condición de discapacidad o invalidez del afectado si es por motivos de interés público. En cualquier caso, como indica también el reglamento, las medidas son mínimos mejorables en cada caso particular por decisión del responsable o vía legal.

Respecto de las obligaciones concretas, en este caso, le correspondería al responsable del fichero que recaba los datos la obligación de recabar el consentimiento informado del sujeto que recibe asistencia sanitaria y del que se solicitan datos personales. En realidad

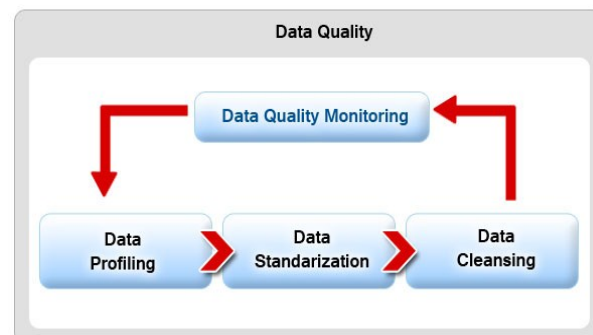
la exigencia del recabar el consentimiento informado en el campo de la salud puede quedar eximida pues, del art. 8 LOPD se puede defender la idea según la cual, quien acude a un centro sanitario buscando asistencia, debe aceptar como necesario para ello entregar determinada información personal.

Según el art. 5.3 LOPD, que regula el derecho a la información, “no será necesaria la información a que se refieren las letras b), c) y d) del apartado primero si el contenido de ella se deduce claramente de la naturaleza de los datos personales que se solicitan o de las circunstancias en que se recaban”. Las letras b), c) y d) se refieren respectivamente al carácter obligatorio o facultativo de las respuestas a las preguntas planteadas, de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos y de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

Desde luego las dos primeras circunstancias indicadas resultan obvias en el momento de la asistencia sanitaria. La tercera menos, por lo que, en mi opinión, pese a poder ser tratados los datos sobre la salud en el momento de asistir al sujeto paciente sin la estricta necesidad de recabar el consentimiento informado debería comunicarse en un momento posterior acerca de la posibilidad de ejercitar los citados derechos pues, al ser un contenido propio de la protección de datos no resulta fácilmente deducible

Por otro lado, en relación con la calidad de los datos del art. 4 LOPD, el responsable está obligado a mantener la calidad de los datos, concepto que reúne en definitiva

buenas y correctas condiciones en el almacenamiento y la conservación de los datos. Así pues, según el apartado primero de dicho artículo, “los datos de carácter



personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan

Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido.

obtenido”. La recogida de datos debe limitarse a aquéllos que aporten la información necesaria para cumplir el fin previsto, en este caso, la asistencia sanitaria.

La finalidad de la HC aparece delimitada en el art. 16.1 LAP que ya hemos visto más arriba, por lo que la finalidad será determinante y ofrecerá cobertura legal para solicitar unos datos sí y otros no. La finalidad definirá a su vez, la pertinencia y adecuación de los datos, pues en virtud del objetivo que persigue la HC habrá datos que aporten información relevante y necesaria y otros serán descartados.

El art. 4.3 LOPD se refiere a la exactitud y puesta al día de los datos de manera que respondan con veracidad a la situación del afectado. El mantenimiento de la exactitud de los datos constituye una obligación que

Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados.

incumbe al responsable pues, a tenor del párrafo siguiente “Si los datos de carácter personal registrados resultaran ser inexactos, en todo o en parte, o incompletos, serán cancelados y sustituidos de oficio por los correspondientes datos rectificados o completados, sin perjuicio de las facultades que a los afectados reconoce el artículo 16”.

Lo que implica que el responsable de la HC ha de procurar que los datos en ella contenidos reflejen siempre la situación real del afectado, de manera que si fuera consciente de alguna inexactitud está obligado, según la norma, a corregir el dato inexacto, ya sea por una inexactitud formal o por una necesidad de adecuar el dato a la situación actual del paciente. Esta obligación de mantener el dato en versión actual y correcta no impide la posibilidad de ejercitar el derecho de rectificación, facultad que corresponde ya al sujeto titular de la información que aportan los datos, cuando éste sea consciente de la inadecuación del mismo.

Si bien esta posibilidad está siempre latente, es cierto que en el ámbito sanitario el paciente tendrá más limitada la facultad de

proceder a la corrección de un dato, pues si éste refleja estrictamente una información sanitaria su exactitud o veracidad solamente podrá ser valorado por el profesional sanitario que atiende al paciente, sobre el que recae de manera especialmente significativa la obligación de corregir los datos inexactos o erróneos.

El apartado siguiente del precepto indica que “Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados”.



Respecto de la cancelación se mantiene la misma obligación para el responsable, esta vez ligada a la finalidad de los datos. La finalidad del dato ha de mantenerse durante todo el proceso de tratamiento del dato (esto es desde su recogida, incluyendo cualquier operación a que puedan ser sometidos). El mantenimiento de la finalidad en la utilización del dato mantiene a éste y al tratamiento en los márgenes legales, de forma que si la finalidad se modifica

respecto de la inicial e informada al sujeto el tratamiento deviene ilegítimo.

Cumplida la finalidad para la que se recogieron los datos el propio precepto habla de conservarlos de manera que no permitan la identificación del sujeto al que pertenecen, entendemos que si ello fuera necesario (es decir, disociados). Solamente se podrán mantener unidos los datos identificativos y los personales atendiendo a un interés científico, histórico o estadístico.



En el caso de la HC, la propia LAP hace referencia a la necesidad de conservar los datos por un periodo mínimo de cinco años, salvo que en condiciones de tratamientos duraderos o enfermedades crónicas se hayan de mantener por un periodo superior al señalado. En estos casos, la justificación legal para la conservación de los datos radica en el mantenimiento de la finalidad que ha motivado su recogida y, por tanto, en la razonabilidad y necesidad del tratamiento de los datos de carácter personal.

El apartado quinto del mismo precepto obliga a conservar los datos de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso. En el caso de la HC nos encontramos con varias modalidades de acceso detalladas en la norma, bajo la denominación de usos de la HC. La primera sería el ejercicio del derecho

de acceso por parte del paciente a los datos contenidos en su propia HC. Sería un derecho de acceso a datos personales y de salud que debe ser satisfecho, o bien por el profesional médico que atiende al paciente bien en el caso de que la HC este ya custodiada por el centro sanitario por éste último.

La negativa, tanto del centro sanitario como del médico que ha procedido a la cumplimentación de la HC, a la entrega de la misma al paciente que la solicita constituye una queja frecuente por parte de los usuarios de los servicios sanitarios. Según el art. 15 LOPD el interesado tiene derecho a solicitar y obtener gratuitamente información sobre sus datos de carácter personal, el origen de los datos y las comunicaciones que ya se han realizado o las que están previstas.

En el caso de la HC la LAP regula algunas peculiaridades en relación con el derecho de acceso. En el caso de la HC el art. 18 recoge el derecho de acceso del paciente a la HC, con las reservas señaladas para los fines judiciales, epidemiológicos a la documentación de la historia clínica y a obtener una copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios, como



El acceso del titular de los datos a su propia HC tiene un doble límite:

- *Se detiene ante la protección de datos de otra persona que figuren en la HC del paciente.*
- *Se detiene ante las anotaciones subjetivas del profesional médico.*



responsables de la custodia de la HC, han de regular el procedimiento que garantice el

ejercicio de estos derechos, procedimiento que en todo caso ha de ser gratuito y sencillo y podrá hacerse efectivo por representación debidamente acreditada, tanto legal como voluntaria, según la LAP y el RLOPD. Este derecho de acceso del sujeto titular de los datos a su propia HC tiene un doble límite:

1. Primero, el conocimiento de los datos mediante el acceso se detiene ante la protección de datos de otra persona que figuren en la HC del paciente por interés de este último. Se trata en este caso de proteger los datos y la intimidad de una persona distinta del paciente y cuyo derecho a la intimidad no puede verse afectado, salvo una justificación objetiva, razonable y con previsión constitucional, esto es, un interés prevalente suficientemente justificado) por el ejercicio del derecho de acceso a los datos de carácter personal de dicho sujeto.

2. Segundo, el ejercicio del derecho de acceso del paciente se detiene ante las anotaciones subjetivas del profesional médico, que siendo necesarias para la mejor asistencia del sujeto no pueden ser incluidas como contenido a conocer tras el ejercicio del derecho de acceso, pues no constituyen datos de carácter personal. En este sentido la LAP contempla la posibilidad de oponer al ejercicio del derecho de acceso del sujeto, el derecho a la reserva de las anotaciones subjetivas del profesional médico.

En segundo lugar, el art. 16.4 LAP contempla el acceso a la HC del personal de administración y gestión de los centros sanitarios solamente a los datos de la HC que guarden relación con sus funciones. Se trata de usuarios de la HC cuyo acceso está limitado en virtud de la protección de datos y

de la protección de la intimidad. La finalidad en el uso de la HC determina en este caso que solamente se acceda a los datos que van a servir a observar la finalidad de la función que el personal de administración y gestión ha de cumplir. Y a nada más.

No existe por tanto un acceso indiscriminado a los datos de la HC, sino racional, lógico. En este caso, es responsabilidad de este usuario cumplir con las medidas de seguridad detalladas en el documento de seguridad y tratar los datos con las limitaciones contenidas en la ley.



En tercer lugar, el art. 16.5 LAP, regula el acceso a la HC el personal sanitario debidamente acreditado que ejerza funciones de inspección, evaluación, acreditación y planificación, en el cumplimiento de sus funciones de comprobación de la calidad de la asistencia, el respeto a los derechos del paciente o cualquier otra obligación del dentro en relación con los pacientes y usuarios o la propia Administración, lo que significa, en definitiva, que tampoco tienen un acceso indiscriminado a los datos contenidos en la HC, sino sólo a aquellos datos que resultan

necesarios para el cumplimiento de sus funciones.

Como característica común a los diferentes accesos permitidos, y según el art. 16.4 LAP, “el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto”, por lo que es responsable de la confidencialidad de los datos tratados y respondería de una eventual filtración o divulgación no autorizada mientras actúa en el ejercicio de sus funciones (la pérdida, abandono, descuidos o divulgaciones de HHCC de pacientes es una situación que con demasiada frecuencia sucede en nuestro país, a veces por falta de diligencia del centro gestor que conserva las HHCC por encargo del centro sanitario u hospital).

Por último hay un acceso a la HC regulado que el apartado tercero del art. 16 que ha sido modificado por la LGDP. Se trata de un acceso por motivos judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de



investigación o de docencia se rige por lo establecido en la LOPD y en la LGS, obligando a mantener los datos de identificación del paciente separados de los clínicos asistenciales, con el fin de preservar su anonimato. La LOPD contempla este tipo de acceso como una comunicación o cesión de datos, esto es, una entrega de datos a persona distinta de su titular (art. 11 LOPD).

La regla general es que sólo será legítima la cesión con el consentimiento del sujeto y siempre que se realice para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones del cedente y del cesionario. Ahora



bien, el apartado segundo contempla una serie de excepciones a la necesidad de recabar el consentimiento y que sin embargo no convierten la cesión de datos en ilegítima.

Entre los motivos que permiten la cesión sin consentimiento se contempla la cesión que deba efectuarse al Defensor del Pueblo, Ministerio Fiscal, Jueces o Tribunales en el ejercicio de las funciones que tengan atribuidas. Igualmente, no será preciso el consentimiento cuando la cesión tenga por objeto datos relativos a la salud y sea necesaria para solucionar una urgencia o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica, esto es, añadimos nosotros, preservando como regla general el anonimato, tal y como dice la LGSP, salvo que el paciente haya dado su consentimiento para no separarlos.

La modificación introducida por la LGSP contempla la posibilidad excepcional de mantener los datos unidos en aquellos supuestos en que la autoridad judicial lo considere imprescindible, en cuyo caso se

estará a lo que digan los jueces y tribunales. El acceso a los datos y documentos de la HC se limita, vuelve a incidir este apartado, estrictamente a los fines específicos en cada caso.

Las Administraciones sanitarias podrán acceder a los datos identificativos de los sujetos pacientes, por razones epidemiológicas o de protección de salud pública.

En los casos en que sea necesario para prevenir un riesgo o peligro grave para la salud de la población, las Administraciones

sanitarias que tienen tal condición según la Ley 33/2011, continua diciendo el precepto, podrán acceder a los datos identificativos de los sujetos pacientes por razones epidemiológicas o de protección de salud pública. El acceso en este caso habrá de realizarlo un profesional médico sometido al secreto profesional o por otra persona sometida también a la obligación de guardar la reserva de lo conocido por medio de este acceso. En este caso será necesario la motivación o justificación del acceso en tales condiciones por parte de la Administración que solicite dicho acceso.

NOÇÕES SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA NO BRASIL

TAYSA SCHIOCCHET

Doutora em Direito pela UFPR. Pós-doutora pela UAM

Professora de Pós-Graduação em Direito

Universidade do Vale do Rio dos Sinos

AMANDA SOUZA BARBOSA

Advogada. Mestranda em Direito Público



INTRODUÇÃO

No Brasil, vive-se um período de intensa judicialização da relação médico-paciente. As causas se avolumam perante o Poder Judiciário, o que pode ser percebido também pelo crescente número de escritórios de advocacia especializados em atuar nas demandas relativas ao Direito Médico e da Saúde. De fato, o país enfrenta muitos problemas neste campo, seja pela ineficiência do sistema público de saúde, seja pela precariedade da prestação de serviços particulares.

De dimensões continentais, o Brasil é castigado por uma intensa desigualdade social que termina por se estender ao acesso à saúde, direito fundamental do mais caro valor. Este trabalho tem como objetivo apresentar um panorama da responsabilidade médica no Brasil, passando-se por suas três esferas: civil, penal e ético-profissional.

Cada um destes contextos será enfrentado nos itens de desenvolvimento, nesta ordem. No primeiro item foi abordada a responsabilidade civil médica. Inicialmente, foram delineados os pressupostos para que a imputação de responsabilidade nesta seara seja possível. Já

neste ponto pode-se perceber que há muitas questões ainda não pacificadas, o que se agrava ao se passar para a responsabilidade civil do médico, enquanto profissional liberal, e das instituições de saúde, sejam elas de natureza pública ou privada.

No item seguinte, é enfrentada a responsabilidade médica no âmbito do Direito Penal. Seguindo o padrão do item anterior, foram desenvolvidas noções preliminares sobre a responsabilidade penal no Direito brasileiro para que, em seguida, fosse possível a abordagem de determinados crimes que tocam mais diretamente o exercício da arte médica. Esses crimes foram divididos em dois grupos: delitos comuns – cujo agente poder ser qualquer pessoa; e delitos próprios – nos quais se exige uma qualificação especial do agente.

Em meio à explanação, foram abordados temas que são polêmicos em todo o mundo, como as práticas de abortamento, eutanásia e suicídio assistido.

No Brasil, a doutrina e a legislação são incipientes a respeito, de modo que nem sempre há previsão legal expressa, como no

caso da eutanásia. Se, por um lado, nosso ordenamento jurídico oferece meios para

No Brasil, a doutrina e a legislação são incipientes, de modo que nem sempre há previsão legal expressa, como no caso da eutanásia.

avaliar a (i)licitude de tais condutas, aponte-se que nosso Código Penal (CP) é de 1940, encerrando valores possivelmente anacrônicos com aquilo que é reputado ser mais importante pela sociedade atual. No momento, há projeto de lei que propõe reforma do CP em tramitação no Congresso Nacional, ao qual também se fez referência.

No terceiro e último item do desenvolvimento, foi objeto de análise a responsabilidade ético-profissional do médico, em três aspectos principais. O primeiro aspecto a ser explorado foi o processo ético-profissional, passando-se pelo papel dos Conselhos profissionais e pelo procedimento a ser observado. Em seguida, foram destacadas duas situações muito debatidas no país atualmente: os limites do exercício da objeção de consciência e do poder normativo do Conselho Federal de Medicina (CFM). Essas análises foram desenvolvidas com base em dois exemplos: o aborto legal e as resoluções sobre ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade, respectivamente.

Em relação à objeção de consciência, foi posto o conflito entre este direito fundamental e o direito ao acesso à saúde, bem como analisadas as principais posições doutrinárias e o que está posto nas diretrizes do MS a respeito. O poder normativo do CFM está em xeque há oito anos, período em que algumas resoluções foram impugnadas pelo Ministério Público sob o argumento, dentre outros, que o conselho

estaria extrapolando os limites do seu poder normativo.

Para o enfrentamento de todas essas questões, nestes três âmbitos em que se propôs a análise, foi adotado o método dialético e realizada pesquisas bibliográfica e documental.

1. RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA: O ERRO MÉDICO E O DEVER DE INDENIZAR

A responsabilidade civil tem como função principal o restabelecimento do equilíbrio jurídico-econômico anterior à provocação do dano. O restabelecimento desse equilíbrio é buscado por meio de uma tentativa de retorno ao *statu quo ante*, o que é feito através da fixação de indenização a ser paga à vítima na proporção do prejuízo causado. A imputação, ao agente causador de um dano, da obrigação de reparar a vítima pode ser considerada uma manifestação do sentimento mais elementar de justiça. O núcleo da responsabilidade civil pode



ser sintetizado no princípio da reparação integral que, embora de difícil concretização, é perseguido por diversos sistemas jurídicos que buscam garantir a mais completa reparação dos danos sofridos pela vítima (CAVALIERI, 2014). Neste primeiro item do desenvolvimento, será realizado um panorama sobre a disciplina jurídica da responsabilidade civil no Brasil e, em seguida, serão apresentadas e analisadas as especificidades relativas ao exercício da medicina, tanto em relação ao profissional

quanto às instituições de saúde, nas esferas pública e privada.

1.1 ELEMENTOS GERAIS DA RESPONSABILIDADE CIVIL NO BRASIL

A responsabilização civil de um agente por um dano que tenha provocado aos direitos de outrem é determinada com base em quatro elementos:

- (a) Conduta humana voluntária
- (b) Dano
- (c) Nexo causal
- (d) Culpa

O primeiro elemento, também referido como “fato social”, consiste em “[...] conduta humana, positiva ou negativa (omissão), guiada pela vontade do agente, que desemboca no dano ou prejuízo” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 69).

A voluntariedade é nota essencial, pois o agente deve ter o discernimento necessário para saber aquilo que faz, não se confundindo com a intenção de provocar um dano. O Código Civil (CC) dispõe que haverá obrigação de indenizar quando o agente, por ato ilícito, causar dano a outrem (art. 927). Ainda de acordo com ele, comete ato ilícito aquele que,



por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar o direito e causar dano a

outrem (art. 186 do CC). Teixeira (2000) bem observa que a conduta capaz de ensejar a responsabilização civil não será necessariamente ilícita. Diz o artigo 188 do CC que não são atos ilícitos aqueles praticados em legítima defesa, exercício regular de direito e para afastar perigo iminente. Neste último caso, por exemplo, a pessoa lesada que não for culpada pelo perigo terá direito a indenização pelo prejuízo que sofreu (art. 929 CC).



No Brasil, a doutrina reconhece a existência de três espécies de dano: o dano patrimonial, o dano moral e o dano estético.



A prova da existência de dano é essencial no processo de reconhecimento e imputação de responsabilidade civil. O dano constitui uma agressão ou violação de direito que provoca a diminuição de um bem jurídico, seja ele de valor pecuniário, moral ou até afetivo. Para ser indenizável, o dano deve ser certo, atual e subsistente. Hodiernamente, no Brasil, a doutrina reconhece a existência de três espécies de dano: o dano patrimonial, o dano moral e o dano estético.

O dano patrimonial ou material é aquele que atinge o patrimônio da vítima, provocando prejuízo cuja reparação pode ser quantificada em pecúnia, caso não seja possível o retorno ao *statu quo ante*. Referido no CC como perdas e danos (art. 402), é subdividido em dano emergente – engloba o prejuízo efetivamente sofrido, e lucros cessantes – aquilo que a vítima razoavelmente deixou de ganhar por ter sofrido

lesão que a impede ou reduziu a sua capacidade de trabalhar (SCHAEFER, 2011).

O dano exclusivamente moral é indenizável, preceito que encontra amparo legal no artigo 5º, incisos V e X da CF/88 e no artigo 186 do CC. Na doutrina, o entendimento sobre o que é dano moral não é pacífico. Há doutrinadores que definem dano moral como a lesão que

A própria natureza do dano moral inviabiliza a sua valoração em pecúnia, por isso se fala em composição dos danos em lugar de reparação. Não há critério legal para se chegar ao quantum devido.

atinge a essência do indivíduo, provocando-lhe sentimentos de angústia, vexame e humilhação, o que não se confundiria com os meros dissabores e contratempos da vida. Por outro lado, há quem compreenda o dano moral enquanto violação do patrimônio imaterial e dos direitos da personalidade do indivíduo.

Entende-se ser o segundo entendimento o mais adequado, pois os direitos da personalidade são de natureza extrapatrimonial e contam com tutela jurídica especial, também constante no CC (arts. 11 à 21). A própria natureza do dano moral inviabiliza a sua valoração em pecúnia, por isso se fala em composição dos danos em lugar de reparação. Não há critério legal para se chegar ao *quantum* devido, devendo-se ter em mente que a indenização poderá ter um caráter punitivo e educativo, para além da satisfação da vítima (MELO, 2008).

A terceira e última espécie de dano é o dano estético. Melo (2008, p. 37) o define como “[...] qualquer anomalia que a vítima passe a

ostentar no seu aspecto físico, decorrente de agressão à sua integridade pessoal.” Silva (2009) esclarece que o dano estético representa a ofensa a direitos da personalidade, notadamente os direitos à integridade física, à imagem e à honra, ao menos em seu aspecto intrínseco, decorrente da modificação prejudicial na aparência de uma pessoa. O objeto de proteção do dano estético não é a beleza, mas sim a incolumidade física, parte do patrimônio subjetivo de todo indivíduo.

Por isso, ainda que as marcas ou cicatrizes estejam situadas em locais do corpo de difícil exposição ao público, será cabível a indenização, na medida em que aquelas afetam a autoestima e o julgamento que a vítima faz de si mesma. Essa reparação pode ser *in natura*, através do custeamento de cirurgia reparadora por parte do ofensor, o que não exclui a necessidade de arbitramento de um montante em dinheiro a título de indenização por danos morais em virtude do sofrimento experimentado pelo ofendido (MELO, 2008).



Magalhães (1980), assumindo como premissa a definição de dano moral como violação aos direitos da personalidade, afirma que dano estético é dano moral. A cumulação entre dano moral e dano estético, portanto, constituiria um flagrante *bis in idem*. Porém, não é este o posicionamento que prevalece na doutrina e na jurisprudência nacional. Melo (2008), em

sentido contrário, aponta que o dano estético é categoria autônoma que não se confunde com as demais, ainda que emanem de um mesmo fato.

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), podem ser cumulados os danos material, moral e estético. Tal se depreende de duas súmulas: (a) Súmula nº. 37: “São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”; (b) Súmula nº. 387: “É lícita a cumulação das indenizações de dano estético e dano moral”. Vide, a respeito, que o

De acordo com o Superior Tribunal de Justiça (STJ), podem ser cumulados os danos material, moral e estético.

STJ manteve a condenação ao dever de indenizar por danos materiais, morais e estéticos imposta à Santa Casa de Misericórdia do Rio de Janeiro porque, durante uma cirurgia para retirada de um tumor do ovário, o cirurgião atingiu o colo sigmóide da paciente, provocando-lhe grave lesão (BRASIL, 2012f).

O terceiro elemento da responsabilidade civil é a presença de nexo causal, ou seja, do liame entre a conduta e o dano que transforma a primeira em causa do segundo. Melo (2008, p. 46) conceitua nexo causal como “[...] a relação de causa e efeito que liga o dano ao causador (responsabilidade subjetiva) ou ao responsável pela atividade (responsabilidade objetiva)”.

Diante da complexidade do mundo fenomênico, muitas vezes a identificação da causa de um determinado evento danoso não é de fácil identificação, notadamente nas hipóteses de causalidades múltiplas e concausas (CAVALIERI FILHO, 2014). Entende-se

por concausa o “[...] acontecimento que, anterior, concomitante ou superveniente ao antecedente que deflagrou a cadeia causal, acrescenta-se a este, em direção ao evento danoso” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011, p. 138). Se a concausa for absolutamente independente em face da conduta do agente, o nexo causal estará rompido. Se relativamente independente, deve-se perquirir em que momento ela se deu. Em regra, a concausa preexistente ou concomitante não exclui o nexo causal, a exemplo das condições pessoais de saúde da vítima. Já a concausa superveniente poderá provocar a ruptura do nexo causal quando, por si só, seja capaz de determinar a ocorrência do evento danoso.

A complexidade na identificação do nexo causal fez com que estudiosos desenvolvessem teorias visando a indicação de um método de raciocínio lógico para aferição deste elemento, dentre as quais se destacam: a teoria da equivalência dos antecedentes, da causalidade adequada e dos danos diretos e imediatos.

A primeira, também conhecida como teoria da *conditio sine qua non*, atribui a qualidade de causa a toda condição que haja concorrido para a produção do dano. É duramente criticada, pois, se levada às últimas consequências, culmina com uma regressão infinita do nexo causal (GONÇALVES, 2010).

Na teoria da causalidade adequada, o Magistrado deverá identificar a causa mais determinante, colocando-se nas condições particulares em que se encontrava o agente.

Na teoria da causalidade adequada, por sua vez, é considerada causa o antecedente necessário e adequado à produção do resultado. O magistrado deverá identificar a

causa mais determinante, colocando-se nas condições particulares em que se encontrava o agente. Para Melo (2008) e Cavalieri Filho (2014), esta teria sido a teoria adotada pelo CC em seu artigo 403.

De acordo com o artigo 927 do CC, a obrigação de indenizar será independente de culpa quando assim for especificado em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por natureza, risco para os direitos de outrem.

Contudo, uma terceira corrente, aqui representada por Gonçalves (2010), Gagliano e Pamplona Filho (2011), entende que o artigo 403 do CC positivou a teoria dos danos diretos e imediatos, ou da relação causal imediata. Trata-se de formulação intermediária em relação às anteriores, de acordo com a qual se tem como causa o antecedente vinculado necessariamente ao resultado danoso, sendo este último sua consequência direta e imediata.

Os três elementos até então abordados compõem a denominada responsabilidade objetiva. De acordo com o artigo 927, parágrafo único do CC, a obrigação de indenizar será independente de culpa quando assim for especificado em lei ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por natureza, risco para os direitos de outrem. Há, ainda, hipóteses em que a responsabilidade do agente será subjetiva. Neste caso, soma-se aos três elementos até então abordados a culpa.

A culpa *lato sensu* abrange o dolo e a culpa em sentido estrito. Seus elementos principais são: (a) a voluntariedade do comportamento do agente; (b) a previsibilidade do resultado; (c) e

a violação de um dever de cuidado, que poderá ser intencional ou não, circunstâncias que corresponderiam ao dolo e a culpa em sentido estrito respectivamente (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2011).

O dolo consiste na vontade livre e consciente de produzir um resultado no mundo fenomênico (dolo direto), bem como a prática de uma conduta com assunção do risco de produção de um determinado resultado (dolo eventual) (TEIXEIRA, 2000).

A culpa, enquanto desvio ou inobservância dos padrões normais de conduta, é classificada em três modalidades:

- (a) **Negligência**, falta de cuidado, desídia, geralmente associada a uma ação negativa.
- (b) **Imperícia**, desconhecimento, inexperiência, relacionada a falhas cometidas por aqueles que detêm um saber técnico.
- (c) **Imprudência**, ação irrefletida, precipitada, relacionada a uma ação positiva (MELO, 2008). Superados os pressupostos da responsabilidade civil no Direito brasileiro, será analisada a responsabilidade médica mais detidamente.

1.2 PARTICULARIDADES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO ENQUANTO PROFISSIONAL LIBERAL

Entende-se que, em regra, a relação médico-paciente assume uma natureza jurídica contratual, exceto quando não houve contrato prévio entre o profissional e o enfermo, como nas situações de urgência, estando o sujeito inconsciente (THEODORO JR., 2000). Quanto ao regime jurídico aplicável, parte majoritária da doutrina e jurisprudência nacional vislumbra uma relação de consumo, na medida em que seja pactuada a prestação de serviços médicos a título oneroso.

Nesta circunstância, França (2010, p. 70) esclarece que: “[...] o paciente é o consumidor para quem se presta um serviço; o médico, o fornecedor que desenvolve atividades de prestação de serviços; e o ato médico, uma atividade mediante remuneração a pessoas físicas ou jurídicas sem vínculo empregatício”. Por isso, aplica-se a esta relação as disposições da Lei nº. 8.078/1990, denominada Código de Defesa do Consumidor (CDC), e subsidiariamente o CC.

Alguns autores, como Souza e Couto Filho (2002) discordam e atribuem uma natureza *sui generis* a esta relação, por força da sua função social. Dentre os direitos garantidos ao paciente pelo regime consumerista, Carvalho (2007) destaca o direito básico de proteção à vida, à saúde e à segurança (art. 6º, I do CDC), direito à informação (arts. 4º, IV e 6º, III do CDC) e o direito à inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII do CDC). O regime jurídico aplicável aos serviços prestados em unidades públicas de assistência à saúde é diferenciado, o que será abordado em momento posterior.



Observe-se que o objeto desta relação não consiste na cura, mas sim nos esforços em sua direção, de acordo com a melhor técnica. Sabe-se que o exercício da medicina é uma atividade de risco, de modo que o alcance de bons resultados não depende apenas da atividade do médico, estando condicionado à colaboração

direta ou indireta do paciente, às reações de seu organismo e à aceitação das informações prestadas (SCHAEFER, 2011).

Por isso, entende-se que a obrigação do médico em face de seu paciente, é uma obrigação de meio, em regra.

Por isso, entende-se que a obrigação do médico em face de seu paciente é uma obrigação de meio, em regra. O médico “[...] se obriga a empregar todos os meios técnicos ao seu alcance e agir com diligência, prudência e a perícia necessária na realização do contrato, sem se comprometer com o resultado a ser alcançado.” (MELO, 2008, p. 70). Embora o artigo 927, parágrafo único do CC disponha que aquele que desenvolve atividade de risco está submetido ao regime de responsabilidade objetiva, tem-se que a responsabilidade do profissional da medicina é de natureza subjetiva por força do artigo 951 do CC e artigo 14, § 4º do CDC (CAVALIERI FILHO, 2014).

Tendo-se em vista as noções exploradas, tem-se que a condenação de um médico ao dever de indenizar está condicionada à constatação da presença de quatro elementos:

- (a) Ação ou omissão médica (erro médico).
- (b) Ter o profissional agido com culpa em sentido lato.
- (c) Dano ao paciente, de natureza material, moral e/ou estética.
- (d) Nexo causal entre a conduta do profissional e o dano suportado pelo paciente (TEIXEIRA, 2000).

Em regra, somente a vítima tem legitimidade ativa processual para ajuizar ação indenizatória contra o médico. No ordenamento jurídico brasileiro há exceção em favor de parentes

próximos que sofrem o dano reflexo ou a ricochete. Este último pode ser de ordem material, como no caso de mulher separada e filhos menores que, com a morte daquele que lhes devia alimentos, deixam de receber a pensão alimentícia; bem como de ordem moral, a exemplo do sofrimento e dor experimentados por pais que perdem o seu único filho. Estas situações demonstram que um dano provocado a uma terceira pessoa pode refletir no íntimo de outra, ou até mesmo de uma coletividade, o que a torna parte legítima para ajuizamento de ação indenizatória (MELO, 2008).

Há situações que os tribunais entendem que o médico assume uma obrigação de resultado, a exemplo da cirurgia plástica com fins meramente estéticos e realização de anestesia.

Há situações, contudo, que os tribunais entendem que o médico assume uma obrigação de resultado, a exemplo da cirurgia plástica com fins meramente estéticos e realização de anestesia. No primeiro caso, como o paciente é saudável e busca o procedimento para melhorar a sua aparência, entende-se que ele está em busca de um fim determinado e concreto que o cirurgião se propõe a atingir. A responsabilidade do médico permanece subjetiva, contudo, não atingido o resultado, a sua culpa será presumida, invertendo-se o ônus da prova no processo: caberá ao médico provar que não agiu com culpa, uma vez demonstrada pelo paciente a ocorrência de um dano (CAVALIERI FILHO, 2014; CARVALHO, 2007). Theodoro Jr. (2000) critica a inversão do ônus da prova nesses casos, por inexistir base legal a respeito. O autor observa que a inversão do *onus probandi* é possível com base no artigo 6º, VIII do CDC enquanto medida excepcional a ser adotada

em situações específicas, a saber: verossimilhança das alegações ou hipossuficiência técnica do consumidor. Há, ainda, quem discorde sobre a natureza da obrigação. Para Silva (2009) e Aguiar Jr. (2000) a obrigação é de meio mesmo no caso ora comentado, pois o risco está presente em toda intervenção cirúrgica, sendo imprevisíveis as reações do organismo do paciente.

Observe-se que, de acordo com o artigo 1º, parágrafo único, do Capítulo III do Código de Ética Médica (CEM), é vedada a presunção de responsabilidade médica. A Resolução nº 1.621/2001 do CFM dispõe que a cirurgia plástica é intervenção que tem como finalidade gerar benefícios à saúde do paciente, nos seus aspectos físicos, psicológicos e/ou sociais.

Ainda de acordo com ela, não é possível a promessa de resultado ou garantia de seu sucesso, tratando-se de uma obrigação de meio, e não de resultado (BRASIL, 2001). Desse modo, em sentido oposto à jurisprudência nacional, no âmbito ético-profissional não é possível a presunção de culpa de qualquer profissional da medicina, não havendo distinções entre as especialidades (KFOURI NETO, 2010; SILVA, 2009).



A despeito do entendimento esposado pela própria classe profissional, a jurisprudência e doutrina brasileiras continuam a reproduzir o entendimento anterior, mesmo não havendo

previsão legal a respeito. Carvalho (2007, p. 27) sistematiza o regime atual: “[...] a regra prevalente para a responsabilidade civil dos profissionais liberais é a da responsabilidade subjetiva: com culpa provada, para as obrigações de meios, e com culpa presumida, para as obrigações de resultado”.

A regra prevalente para a responsabilidade civil dos profissionais liberais, é a da responsabilidade subjetiva: com culpa provada, para as obrigações de meios, e com culpa presumida, para as obrigações de resultado.

Na relação médico-paciente, o dano é quase sempre decorrência do denominado erro médico. Nas palavras de França (2010, p. 217), o erro médico “[...] é uma forma de conduta profissional inadequada que supõe uma inobservância técnica, capaz de produzir um dano à vida ou à saúde do paciente”. Pode ser classificado em:

- (a) Erro de diagnóstico**, falha na definição da enfermidade que acomete a saúde do paciente.
- (b) Erro de procedimento**, má condução do tratamento e intervenções.
- (c) Erro de prescrição**, indicação de medicamento inadequado.
- (d) Erro decorrente do descumprimento de obrigação ética ou contratual**, a qual seria uma categoria residual (AZI, 2000).

Melo (2008) esclarece que, nas intervenções em que o ato foi praticado com negligência exacerbada, diz-se ser hipótese de erro grosseiro ou inescusável. São situações em que o médico fere os mais básicos ditames da arte médica, aferível por qualquer homem comum,

a exemplo do anestesista que provoca o óbito do paciente por superdosagem.

Como situação oposta tem-se o erro escusável, o qual não deriva da culpa do profissional, mas das próprias limitações da ciência e fatores que interferem em sua atuação, como o comportamento e informações prestadas pelo paciente, bem como a reação de seu organismo ao tratamento.

A iatrogenia é figura que, por vezes, se aproxima do erro médico, sendo importante a distinção entre estes institutos na medida em que suas consequências jurídicas são opostas. Na doutrina jurídica, o conceito de iatrogenia não é pacífico. Parcela da doutrina entende ser a iatrogenia um gênero, podendo ela dar ou não ensejo à responsabilidade civil médica a depender da espécie identificada no caso concreto.

Souza e Couto Filho (2002), por exemplo, conceituam a iatrogenia como lesão decorrente do atuar médico, devendo ser aferida a sua licitude caso a caso. Ela é classificada em iatrogenia *lato sensu* e *stricto sensu*. A primeira



corresponderia a todo dano causado por um ato médico em seu paciente, independentemente da observância da boa prática profissional (o que poderia englobar o erro médico), enquanto na segunda o dano decorreria de uma conduta médica correta, em consonância com as recomendações da profissão. Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo (BRASIL, 2008b) afastou a

responsabilidade civil médica por lesão vascular durante o procedimento de laparoscopia por ter sido identificada, no laudo pericial, a ocorrência de iatrogenia *stricto sensu*.

Outra parcela doutrina, por sua vez, entende ser a iatrogenia uma figura autônoma, distinta do erro médico e que não enseja responsabilidade civil. Para Carvalho (2007), iatrogenia e erro médico são conceitos inconciliáveis e excludentes. A lesão iatrogênica seria aquela previsível, decorrente de procedimento necessário e realizado pelo médico de maneira diligente, que não poderia ser evitada. Ela não ensinaria a responsabilidade médica, em nenhuma de suas esferas, pois se aproximaria de uma imperfeição dos conhecimentos científicos. É resultado de uma circunstância em que o médico adota conduta consciente e deliberada, direcionada a um determinado resultado, qual seja, a melhoria do estado de saúde de seu paciente.

Há, ainda, a possibilidade de condenação ao dever de indenizar, por violação do dever de informar.

As falhas no exercício da profissão pertencem a um âmbito diverso, que é o do erro médico. A previsibilidade da lesão deve ser avaliada levando-se em conta as características pessoais do agente, as suas condições de antever o resultado lesivo diante do caso a ser examinado. Ao se referir a “necessidade”, o autor parece atribuir à iatrogenia conotação restrita às circunstâncias em que a lesão proveniente do ato médico, além de previsível, é certa quanto à sua materialização no mundo fenomênico. Cite-se, como exemplo, a

necessidade de amputação de membro inferior para que se evite o alastramento de uma infecção.



Há, ainda, a possibilidade de condenação ao dever de indenizar por violação do dever de informar (art. 15 do CC e 6º, III do CDC). Este consiste em materialização do respeito à autonomia e liberdade do paciente, sendo condição necessária para a obtenção do consentimento livre e esclarecido que, por sua vez, é requisito de validade da relação médico-paciente e de licitude da eventual intervenção ou tratamento (WEBER, 2004). Para Melo (2008) e Cavalieri Filho (2014), o descumprimento do dever de informar enseja a responsabilização civil do médico ainda que ele não esteja associado a um dano à integridade física do paciente. Para tanto, deve ser demonstrado o nexo causal entre a omissão e o prejuízo suportado.

Se, por exemplo, um risco previsível e não informado de intervenção cirúrgica se materializa por circunstâncias alheias à boa prática médica, ou o dado não compartilhado com o paciente é crucial para a tomada de decisão quanto à realização do procedimento ou sua postergação, caberá imputação de responsabilidade civil médica pelo descumprimento do dever de informar (KFOURI NETO, 2002). Portanto, cabe ao médico prestar, prévia e adequadamente, todas as informações

possíveis, em linguagem compatível com a capacidade de compreensão do paciente, salvo em situações de urgência ou em hipótese de privilégio terapêutico.

1.3 A IMPUTAÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL A PESSOA JURÍDICA PÚBLICA OU PRIVADA

As considerações feitas até aqui se referem à responsabilidade do médico enquanto profissional liberal. O regime jurídico aplicável à responsabilização dos serviços prestados em unidades públicas de assistência à saúde e das clínicas e hospitais de natureza privada é distinto.

No primeiro, deve-se observar o que dispõe o artigo 37, § 6º da CF sobre a responsabilidade extracontratual do Estado. De acordo com ele, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa”. Logo, tem-se que a responsabilidade do Estado é de ordem objetiva, cabendo ação de regresso em

Se o hospital integra a administração pública direta, a ação deverá ser ajuizada ao ente federativa (União, Estado, Distrito Federal e/ou Município) a que está vinculado.

face do agente, na qual será avaliada a imputação de responsabilidade subjetiva. Se o hospital integra a administração pública direta, a ação deverá ser ajuizada ao ente federativa (União, Estado, Distrito Federal e/ou Município) a que está vinculado. Se integrar a administração pública indireta, na forma de

autarquia, fundação, empresa pública ou sociedade de economia mista, o hospital terá personalidade jurídica própria, devendo figurar no polo passivo da ação, tendo o ente federativo uma responsabilidade subsidiária. Em ambos os casos, caberá direito de regresso contra o agente com base no mesmo dispositivo constitucional (GOMES, 2004).

Se integrar a administração pública indireta, o hospital terá personalidade jurídica própria, devendo figurar no polo passivo da ação, tendo o ente federativo uma responsabilidade subsidiária.

Nestes casos, a doutrina majoritária entende que o lesado poderá ingressar com ação contra a pessoa jurídica e o agente causador do dano ao mesmo tempo, como responsáveis solidários. O STF entendia da mesma forma, até alterar seu posicionamento em julgado de 2006. Para a Corte Constitucional brasileira, o artigo 37, § 6º da CF consagra uma dupla garantia:

(a) Ao particular que, podendo ajuizar ação contra a pessoa jurídica de direito público ou de direito privado que preste serviço público, torna praticamente certa a possibilidade de pagamento ao dano sofrido.

(b) Ao servidor estatal, que somente responde administrativa e civilmente perante a pessoa jurídica a cujo quadro funcional se vincular (BRASIL, 2006b). Quanto ao ente federativo que deverá figurar no polo passivo, não há posicionamento pacífico no STJ. Em julgado de 2014, entendeu-se que, por ser o funcionamento do SUS de responsabilidade solidária da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, todos os entes federativos tem

legitimidade *ad causam* para figurar no polo passivo de ação indenizatória por erro médico (BRASIL, 2014b), inclusive quando o episódio ocorrer em hospital privado conveniado. Em julgado anterior (BRASIL, 2009b), por sua vez, entendeu-se que a União não teria legitimidade passiva em ação por erro médico proposta contra hospital privado conveniado ao SUS, porque a execução e prestação direta de serviços de saúde são de competência do Município conforme a Lei Orgânica da Saúde (Lei nº. 8.080/1990; art. 18, I, IV e V).

Emana do STJ, ainda, o entendimento de que o fato dos serviços médicos terem sido prestados gratuitamente ou remunerados pelo SUS, não isenta o profissional e a instituição privada da responsabilidade civil por erro médico.

Emana do STJ (BRASIL, 2012f), ainda, o entendimento de que o fato dos serviços médicos terem sido prestados gratuitamente ou remunerados pelo SUS não isenta o profissional e a instituição privada da responsabilidade civil por erro médico. Entre a unidade hospitalar ou clínica médica privadas e o paciente há uma relação de consumo, na medida em que se identifica o oferecimento de produtos e serviços a título oneroso e com habitualidade (CARVALHO, 2007). O objeto desse contrato envolve um conjunto de atividades, como hospedagem, alimentação especial, equipamentos e os serviços prestados pelas equipes administrativa, auxiliar, de enfermagem e médica.

O contrato, sobretudo aquele celebrado com entidade hospitalar, apresenta uma natureza complexa, posto que mitigado o caráter *intuitu personae* característico das relações médico-paciente, podendo o indivíduo ser atendido por

qualquer dos profissionais que estejam no plantão. Por esta razão, aplica-se o regime da responsabilidade objetiva¹, nos moldes do art. 14, *caput*, do CDC (MELO, 2008).

A responsabilidade civil de clínicas privadas seguirá a mesma regra quando adotada a rotina hospitalar. Kfouri Neto (2002) ressalta que, quando os médicos se associam exclusivamente para dividir despesas ou para formação de pessoa jurídica que se torna prestadora de serviços a hospitais ou planos de saúde, a responsabilidade será individual, ou seja, ficará restrita ao pretendo causador direto do dano.

A extensão dessa responsabilidade objetiva é controversa no que se refere à responsabilidade do hospital pela prestação de serviços médicos. Para Melo (2008) e Gonçalves (2007), não há que se falar em responsabilidade por ato de médico que não faz parte do quadro de funcionários, que apenas utiliza as instalações do hospital ou casa de saúde para atendimento de seus pacientes. Nesses casos, o hospital apenas seria responsabilizado por serviços de sua alçada, como falhas de equipamento ou do pessoal auxiliar.

Aguiar Jr. (2000, p. 153) espousa posição semelhante, acrescentando que, para que haja a responsabilidade do hospital, não é necessária a existência de relação de emprego entre o médico e a entidade, sendo suficiente a aferição do estado de subordinação. Quando o médico não é assalariado, mas desenvolve

¹ A infecção hospitalar é exemplo de dano que enseja a responsabilidade objetiva dos hospitais, nos moldes dos arts. 1º, §§ 1º e 2º, e art. 2º, I da Lei nº 9.431/1997 (dispõe sobre a obrigatoriedade da manutenção de Programa de Controle de Infecções Hospitalares – PCIH por todos os hospitais do país).

atividades no hospital, o autor adverte que haveria duas situações distintas:

(a) Se o paciente buscou o hospital e foi atendido por integrante do corpo clínico, ainda que não haja relação de emprego, responderia o hospital pelo ato culposos do médico, em solidariedade com este.

(b) Porém, se o paciente procurou o médico e este o encaminhou ao hospital, a relação contratual foi estabelecida com o médico e o hospital não poderia ser responsabilizado se aquele houver agido com culpa, ainda que faça parte da sua equipe, mas apenas pela má prestação dos serviços hospitalares que lhe são afetos.

Em sentido contrário, Gagliano e Pamplona Filho (2011) sustentam que o hospital deve ser responsabilizado objetivamente também por erro médico cometido por profissional não pertencente aos quadros da entidade, pois entendem que existe um liame jurídico entre eles, sem prejuízo de ação regressiva contra o médico. Além disso, apontam a dificuldade da vítima em distinguir o grau de participação do médico e da estrutura e higiene do hospital na ocorrência do evento lesivo. De acordo com o STJ (BRASIL, 2011), a responsabilidade hospitalar por erro médico se dá conforme os seguintes parâmetros:



(a) Caso inexista vínculo de emprego ou subordinação entre o médico e o hospital, a responsabilidade deverá ser imputada ao profissional pessoalmente, eximindo-se o segundo de qualquer responsabilidade se não concorreu com a ocorrência do dano.

(b) Se o profissional da saúde é vinculado de alguma forma ao hospital, ambos respondem solidariamente, apurada a culpa profissional para que reste configurado o dever de

Se o médico não garante o resultado, este passará a ser garantido pelo hospital, criando-se situação absurda: ou se atinge a cura ou o paciente será necessariamente indenizado, seja pelo médico, seja pelo hospital.

indenizar (arts. 932 e 933 do CC). A necessidade de se produzir prova sobre a culpa médica como condição à responsabilização do hospital já foi alvo de polêmicas, por ser a sua responsabilidade de natureza objetiva.

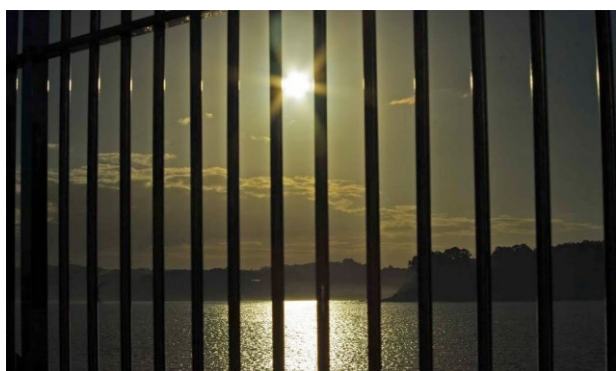
Para Cavalieri Filho (2014), mesmo se tratando de uma responsabilidade de natureza objetiva, faz-se necessária a demonstração do defeito na prestação do serviço, *in casu*, o erro médico praticado por profissional pertencente aos seus quadros. A identificação do erro médico, por sua vez, é indissociável da prova do elemento subjetivo – culpa, de modo que a sua demonstração é imprescindível.

O STJ (BRASIL, 2008a) entende acertadamente que a aplicação pura e simples da responsabilidade objetiva do hospital pelos erros cometidos por médico implica na aceitação de que a natureza da obrigação firmada entre médico e paciente é de resultado, e não de meio. Se o médico não garante o resultado este passará a ser garantido pelo hospital, criando-se situação absurda: ou se atinge a cura ou o paciente será necessariamente indenizado, seja pelo médico, seja pelo hospital. Enfrentadas as especificidades da responsabilidade civil

médica, passa-se a considerações sobre a responsabilidade penal.

2. RESPONSABILIDADE PENAL MÉDICA: OS LIMITES ENTRE O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO E O COMETIMENTO DE UM DELITO

O Direito Penal é o conjunto de normas jurídicas que regulam o poder punitivo do Estado, que fixa as características de uma ação criminosa e a vincula a uma pena. Enquanto meio de controle social mais gravoso, é do Estado o monopólio do seu exercício, o que deverá ser feito em concordância com normas pré-estabelecidas e compatíveis com um regime democrático de direito.



A criminalização de uma conduta só poderá ser considerada legítima se tiver como fim a proteção de um bem jurídico importante para a sociedade, que não poderia ser suficientemente tutelado pelos demais ramos do Direito. Daí se dizer que o Direito Penal é a *ultima ratio* e é dotado de um caráter fragmentário. Outro limite importante é o princípio da legalidade: um fato não poderá ser considerado crime se, no momento da sua ocorrência, não havia lei anterior o definindo como tal, nem lhe cominando uma pena (art. 5º, XXXIX da CF), lei que deverá ser necessariamente federal por motivos de reserva legal (art. 22, I da CF).

Em decorrência disto, tem-se como regra a

irretroatividade da lei penal (art. 5º, XL da CF), exceto quando for mais benéfica (BITENCOURT, 2012). A seguir, serão feitas mais considerações gerais sobre a configuração do Direito Penal no Brasil, pressuposto para a devida compreensão dos principais crimes que podem ser cometidos por um médico no exercício da sua profissão.

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE PENAL NO BRASIL

Entende-se como infração penal toda ação típica, antijurídica e culpável. Há doutrinadores que não incluem a culpabilidade neste conceito, considerando-a mero pressuposto da pena, com o que se discorda. A aplicação da pena se encontra condicionada à ausência de fatores de exclusão da punibilidade. Há duas espécies de infração penal: o crime ou delito, e a contravenção penal. A diferença é que a segunda constitui uma infração de menor gravidade e, por isso, são aplicadas penas mais brandas (BITENCOURT, 2012). A despeito dessa diferenciação técnica, daqui em diante será feita referência a crime/delito em sentido amplo, enquanto violação à lei penal.

As condutas tipificadas como crime estão presentes no Código Penal brasileiro de 1940 (CP), além de previsões em leis esparsas. Denomina-se “tipo” o conjunto de elementos que perfazem um modelo abstrato que descreve um fato punível. Ele exerce uma função limitadora e individualizadora ao indicar condutas humanas penalmente relevantes (BITENCOURT, 2012). Os elementos para que reste configurado um delito são:

- (a) Conduta humana dolosa ou culposa.
- (b) Resultado danoso (exceto para os crimes formais, consumados somente com a realização de uma dada conduta).

(c) Nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

(d) Subsunção destas circunstâncias a uma normal legal que atribuía à conduta o *status* de crime. Superados esses elementos, estar-se-á diante de um fato típico (CAPEZ, 2012).

A conduta será dolosa, culposa ou preterdolosa, aspecto denominado de tipo subjetivo. De acordo com o CP, o crime será doloso quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo (art. 18, I). Estas são as hipóteses de dolo direto e dolo eventual, respectivamente. Haverá culpa, por sua vez, quando comprovada a inobservância do dever objetivo de cuidado, cenário que mais particularmente interessa no tocante à responsabilidade médica. O CP prevê três modalidades de culpa em seu artigo 18, inciso II: imprudência, negligência e imperícia.

A imprudência é a culpa de quem age positivamente, de forma precipitada. Ela se desenvolve durante a própria realização do fato, sem o cuidado necessário.

A negligência, por outro lado, é a culpa característica das condutas omissivas. Trata-se da abstenção de um comportamento que seria devido, em total inércia e passividade.



Já a imperícia é a espécie de culpa relacionada com a demonstração de inaptidão técnica ou profissional. Para que reste configurada, a imperícia pressupõe que o agente exerça uma

arte ou profissão, do contrário, estar-se-á diante de um caso de imprudência. O erro médico não pode ser confundido com a imperícia.

O CP adotou um sistema de excepcionalidade do crime culposos. Em regra, as infrações penais são imputadas a título de dolo. Somente o será a título de culpa, quando expressamente prevista a modalidade culposa do delito no texto legal.

Sabe-se que o erro médico pode ensejar responsabilidade penal se constatada a ação culposa em uma das suas três modalidades, a depender das circunstâncias do caso concreto.

Por fim, será preterdoloso o crime cujo resultado é mais grave do que pretendia o agente. Em outras palavras, haveria uma conjugação de dolo (na ação antecedente) e de culpa (no resultado subsequente) (CAPEZ, 2012).

Observe-se que o CP adotou um sistema de excepcionalidade do crime culposos. Em regra, as infrações penais são imputadas a título de dolo. Somente o será a título de culpa quando expressamente prevista a modalidade culposa do delito no texto legal (art. 18, parágrafo único do CP). Desse modo, se uma pessoa pratica um fato culposamente, mas a sua figura típica correspondente não admite a forma culposa, não se poderá dizer que houve crime (BITENCOURT, 2012).

Se uma conduta típica se confirmar antijurídica, se estará diante de um injusto penal, mas não um crime, pois ainda restaria o requisito da culpabilidade. A antijuridicidade diz respeito à relação de antagonismo ou contrariedade entre a conduta do agente e o ordenamento jurídico. O artigo 23 do CP prevê as excludentes de

antijuridicidade: não haverá crime se o agente pratica o fato em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito (SCHREIBER, 2005).

A exclusão da ilicitude por exercício regular de direito é especialmente importante ao se tratar de ato médico, pois ela consiste a base jurídica que torna legítima as intervenções médicas e cirúrgicas que observam a *lex artis* e contam com o consentimento livre e esclarecido do paciente. Por isso, as lesões provocadas no paciente durante um procedimento cirúrgico não configuram o crime de lesões corporais, pois se trata de uma conduta lícita. Na ausência do consentimento, como no atendimento prestado em unidades de urgência e emergência, poderá caracterizar-se o estado de necessidade em favor de terceiro (CAPEZ, 2012).

O crime de constrangimento ilegal não compreende a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

O artigo 23 do CP não esgota as hipóteses de exclusão de antijuridicidade, havendo outras disposições a respeito na parte especial do código. Cite-se, por exemplo, o artigo 128, incisos I e II do CP – não se pune o aborto praticado por médico se não houver outro meio de salvar a vida da gestante ou se a gravidez resultar de estupro e houver consentimento da gestante ou de seu representante legal; e o artigo 146, § 3º, inciso I do CP – o crime de constrangimento ilegal não compreende a intervenção médica ou cirúrgica, sem o

consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

A culpabilidade é o terceiro elemento a se fazer presente para que se esteja diante de um crime. Ela costuma ser conceituada como um juízo de censurabilidade e reprovação sobre a pessoa que cometeu um fato típico e antijurídico/ilícito (BITENCOURT, 2012). Para que haja culpabilidade deve-se analisar a presença de:

(a) Imputabilidade, condições pessoais mínimas que fazem o agente ter consciência daquilo que faz, sendo excluída ou reduzida em hipóteses de menoridade ou de transtornos mentais incapacitantes.

(b) Consciência da antijuridicidade, conhecimento concreto do autor a respeito do valor que permite ao autor imputável saber, realmente, o que faz.

(c) Exigibilidade de conduta diversa, percepção da normalidade das circunstâncias em que o fato ocorreu e indicação de que o autor poderia não ter agido daquele modo, excluído ou reduzido nas situações de exculpação, como aquelas do artigo 22 do CP (SANTOS, 2008).

No tocante ao tipo objetivo, a conduta poderá ser comissiva – positiva, um fazer; ou omissiva – negativa, um não fazer. Os crimes omissivos são classificados como próprios ou impróprios.

A omissão própria se funda no dever jurídico geral de agir, atribuível a todas as pessoas. É verificada nos crimes de mera conduta, aqueles consumados quando da abstenção. O omitente não tem a obrigação de impedir o resultado, mas sim a de agir nos termos do tipo penal. São exemplos os crimes de omissão de socorro (art. 135 do CP) e abandono de incapaz (art. 133 do CP).

A omissão imprópria ou ação comissiva por omissão é fundada em um dever especial de agir, atribuído a pessoas consideradas garantidores de determinados bens jurídicos em situação de perigo. Nesse caso, o omitente devia, podia, mas não agiu para evitar o resultado. Por isso, ele será responsável pelo resultado não por tê-lo causado diretamente, mas por não ter evitado a sua ocorrência (BITENCOURT, 2012). A omissão imprópria se distingue da própria por pressupor um



Caso um médico, enquanto garantidor da integridade e saúde do paciente, atue de forma omissiva e daí decorra um resultado danoso, ele responderá pelo resultado (lesões corporais, homicídio etc.) e não apenas pela omissão.



resultado típico e a posição de garantidor do omitente. No Brasil, é considerado garantidor quem:

- (a) Tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância.
- (b) De outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado.
- (c) Com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, § 2º do CP).

A doutrina costuma enquadrar o médico na primeira ou segunda hipótese. Por isso, caso um médico, enquanto garantidor da integridade e saúde do paciente, atue de forma omissiva e daí decorra um resultado danoso, ele responderá pelo resultado (lesões

corporais, homicídio etc.) e não apenas pela omissão (SANTOS, 2008).

2.2 REPERCUSSÃO PENAL DA ATIVIDADE MÉDICA EM DELITOS COMUNS: HOMICÍDIO, LESÕES CORPORAIS, ABORTO, AUXÍLIO, INDUÇÃO OU INSTIGAÇÃO AO SUICÍDIO

“Matar alguém”, assim está tipificado o crime de homicídio no artigo 121 do CP brasileiro. O bem jurídico tutelado é a vida humana independente. Não se exige nenhuma qualificação especial do seu sujeito ativo, do agente que comete o delito, por isso se dizer que se trata de um delito comum. Quanto ao sujeito passivo, será ele o ser humano com vida, considerando-se como limite mínimo o começo do nascimento, mais especificamente das contrações expulsivas (parto natural) ou o início da operação (em caso de cesariana). O momento anterior a este é tutelado por outros tipos penais, como o aborto e o infanticídio. No tocante ao exercício da medicina, vale enfatizar o homicídio culposo, conduta sujeita a pena de detenção de um a três anos.

De acordo com o § 4º do dispositivo mencionado: “No homicídio culposo, a pena é aumentada de 1/3 (um terço), se o crime resulta de inobservância de regra técnica de profissão, arte ou ofício [...]”. Prado (2010a) observa que a inobservância de regra técnica da profissão não se confunde com imperícia, uma das modalidades de culpa. Para ele,

No tocante ao exercício da medicina, vale enfatizar o homicídio culposo, conduta sujeita a pena de detenção de um a três anos.

enquanto a imperícia consiste na incapacidade ou falta de conhecimentos técnicos precisos para o exercício da profissão, a causa de

aumento de pena se configura quando o agente, embora tenha os conhecimentos técnicos, deliberadamente os desatende. Nucci (2011), por outro lado, entende que essa modalidade de causa de aumento de pena se confunde com a própria conceituação de imperícia, não devendo ser aplicada sob pena de *bis in idem* – a saber, dupla punição pelo mesmo fato.



O STJ tem aplicado esta causa de aumento, em atenção aos precedentes da própria Corte e do STF. Entende-se que a causa especial de aumento de pena em comento, nos casos de inobservância de regra técnica da profissão, figura no campo da culpabilidade e, por isso, sua incidência está condicionada a nuance ou fato distinto daqueles que compõem o próprio tipo culposos (notadamente a imperícia) e que ensejam a maior reprovabilidade da conduta do profissional que atua de forma displicente e termina por dar causa ao resultado morte (STJ, 2012e). Vide excerto de ementa de julgado do STJ em que esta causa de aumento é aplicada:

1. No delito de homicídio culposos, o reconhecimento cumulativo da causa de aumento de pena, prevista no § 4º do art. 121 do Código Penal, não compromete o princípio da tipicidade tampouco configura *bis in idem*, quando os fatos denunciados e comprovados na instrução criminal subsumem-se ao tipo culposos e à referida majorante, simultaneamente.

2. *In casu*, a conduta típica do crime de homicídio, praticada pelo paciente na forma culposa, consistiu em deixar de praticar atos que poderiam evitar a morte da vítima, ou seja, por não ter observado os cuidados objetivos necessários, que seriam aptos a evitar o resultado morte. A causa de aumento foi reconhecida porque a prova pericial constatou falha técnica do profissional que impediu que a vítima recebesse, em tempo hábil, o tratamento adequado, fazendo com que o trauma acidental evoluísse ao óbito (BRASIL, 2012d).

Destaquem-se as diferenças de estrutura entre os tipos culposos e dolosos. Neste último é punida a conduta dirigida a um fim, enquanto no primeiro se pune a conduta mal dirigida, cujo objetivo não é penalmente relevante, quase sempre lícito. Para fins de tipicidade, a avaliação da inobservância do dever de cuidado deve ser objetiva. Análises sobre as condições pessoais do agente, para se avaliar se ele poderia agir com a diligência que se entende por exigível nas circunstâncias concretas, compõem o juízo de culpabilidade (BITENCOURT, 2012a).

Em caso de homicídio culposos, há a possibilidade de perdão judicial. O juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave, que a sanção penal se torne desnecessária.

Em caso de homicídio culposos, há a possibilidade de perdão judicial. De acordo com o § 5º do artigo 121, “[...] o juiz poderá deixar de aplicar a pena, se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária”. A gravidade das consequências do delito deve ser apurada no caso concreto.

Na doutrina, entende-se como consequência grave a morte de pessoas estreitamente ligadas ao agente, por vínculos de parentesco ou amizade, e a incapacidade do agente para o trabalho, por exemplo (PRADO, 2010a). A sentença que concede perdão judicial extingue a punibilidade, não sendo considerada para efeitos de reincidência (art. 120 do CP). A competência para julgamento é do juiz comum, na medida em que somente o homicídio na sua forma dolosa compõe a competência do Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII da CF), juntamente com a participação em suicídio, infanticídio e aborto.

	<i>A eutanásia, por implicar na antecipação do evento morte por conduta comissiva ou omissiva, vem sendo considerada crime no Brasil.</i>

Haverá homicídio quando se elimina a vida de outrem, quando a ação se dirigir à antecipação temporal do lapso de vida alheia. A eutanásia, por implicar na antecipação do evento morte por conduta comissiva ou omissiva, vem sendo considerada crime no Brasil. É enquadrada no tipo de homicídio doloso privilegiado (art. 121, § 1º), pois o agente comete o crime impelido por motivo de relevante valor moral, qual seja, por compaixão ou piedade ante o irremediável sofrimento do paciente que se encontra em estado terminal ou padece de doença incurável, que lhe provoca intenso sofrimento. Trata-se de hipótese em que a ação continua punível, mas, a sua reprovabilidade é mitigada por ser menor o seu contraste com as exigências ético-jurídicas da consciência comum.

Para Bitencourt (2012a) é dessa forma que o CP disciplina a eutanásia ou homicídio piedoso, embora não utilize essa terminologia. Há

projeto de lei de reforma do CP em tramitação no Congresso Nacional (PLS nº. 236/2012). Na proposta inicial, a eutanásia contaria com tipo penal autônomo: “Matar, por piedade ou compaixão, paciente em estado terminal, imputável e maior, a seu pedido, para abreviar-lhe sofrimento físico insuportável em razão de doença grave [...]” (BRASIL, 2012c). Foi sugerida a sua retirada pelo relator da Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal (BRASIL, 2013a), o que foi alvo de diversas críticas.

A rigor, a eutanásia indireta ou de duplo efeito não merece o mesmo tratamento jurídico. Por exemplo: a administração de elevadas doses de analgésicos, quando realizada com o fito de aplacar a dor do paciente, não pode ser considerada conduta ilícita ainda que tenha como efeito secundário a aceleração do processo de morte, desde que tal seja comunicado ao paciente. Nesse caso, o *animus* reside em proporcionar qualidade de vida ao enfermo, e não provocar a sua morte. Por se tratar de um efeito colateral inevitável, descarta-se também o dolo eventual ou culpa consciente, considerando-se uma conduta não delituosa.



Também a ortotanásia não é considerada conduta ilícita. Neste caso, tem-se a abstenção ou supressão de tratamentos extraordinário, fúteis e desproporcionais cuja manutenção importa em mais prejuízos e sofrimento do que

benefícios para o paciente que se encontra em estado terminal, permitindo-se que a morte siga o seu curso natural. A ortotanásia é uma prática possível no Brasil, que não acarreta responsabilidade profissional em qualquer esfera. Encontra amparo na Resolução nº. 1.805/2006 do CFM e no CEM, artigo 41, parágrafo único (VILAS-BÔAS, 2005).

O aborto, quando provocado por terceiro, é outro delito comum passível de se configurar na relação médico-paciente. Tanto a gestante quanto o profissional ficam sujeitos à persecução criminal. Se um médico realiza o procedimento de abortamento em uma mulher grávida, com o seu consentimento, ele estará sujeito a uma pena de reclusão de um a quatro anos, enquanto ela poderá sofrer detenção de um a três anos (arts. 126 e 124 do CP, respectivamente).

Caso a gestante tiver menos de quatorze anos de idade, for alienada ou apresentar transtorno mental, ou se o seu consentimento foi obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência, será aplicado ao médico a pena cominada à conduta prevista no artigo 125 do CP, qual seja, provocar aborto sem o consentimento da gestante: pena de reclusão de três a dez anos. As penas poderão ser aumentadas de 1/3 se a gestante sofrer lesão corporal grave e serão duplicadas se lhe sobrevém a morte (art. 127 do CP).

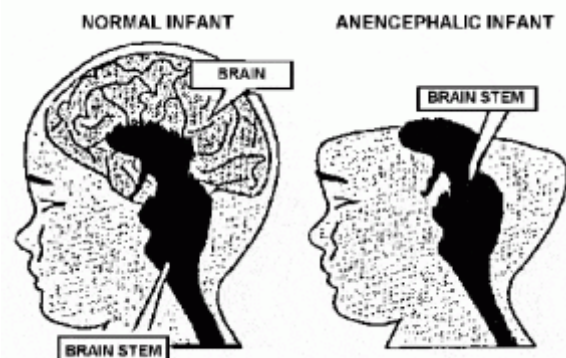
O médico não será punido pela prática de abortamento em três circunstâncias: duas delas previstas no artigo 128 do CP e a outra é fruto de decisão do STF (ADPF nº. 54). São elas, respectivamente:

(a) Se não houver outro meio de salvar a vida da gestante (aborto necessário).

(b) Se a gravidez resultar de estupro e o aborto for precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, do seu representante legal.

(c) Quando realizada a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo.

O bem jurídico tutelado por essas disposições é a vida do ser humano em formação, a vida intrauterina, desde a nidação (implantação do óvulo fecundado no endométrio) até o início do trabalho de parto. Após o início do parto, a morte do nascente poderá constituir os crimes de infanticídio ou homicídio, conforme o caso. Também é tutelada a vida e incolumidade física e psíquica da mulher grávida na hipótese de aborto provocado por terceiro sem o consentimento da gestante (art. 125 do CP) ou qualificado pelo resultado (art. 127 do CP).



Para a configuração do delito, é necessário que a morte do nascituro seja resultado direto dos meios utilizados para interromper a gravidez, podendo ela ocorrer *intra uterum* ou após a expulsão. Observe-se que o aborto pode ser cometido por omissão, quando o médico, dolosamente, não presta o socorro devido para evitar o aborto espontâneo ou acidental, pois ele tem o dever jurídico de impedir o resultado enquanto garante.

Não existe o tipo de aborto culposo no CP

brasileiro. Portanto, se o aborto é provocado por terceiro que agiu culposamente, o agente responderá pelo crime de lesão corporal culposa (art. 129, § 6º do CP). Na doutrina penal, costuma-se dizer que, para a realização do aborto legal, o médico deverá estar calcado em elementos sérios de convicção, a exemplo de boletim de ocorrência, declarações etc (PRADO, 2010b). Contudo, esta não é a orientação constante em norma técnica do MS². De acordo com ela, as vítimas de estupro não são obrigadas a apresentar Boletim de Ocorrência para se submeter ao procedimento de interrupção da gravidez no âmbito do SUS.

Passadas as principais considerações sobre homicídio e aborto, passa-se às **lesões corporais**. A previsão deste delito visa a proteção da integridade física e psicológica do ser humano. Poderá figurar como sujeito passivo qualquer ser humano vivo, a partir do momento em que se tem por iniciado o parto.

Tratando-se de intervenção médica com finalidade terapêutica, não se pode falar em ofensa à integridade psicofísica do paciente. A finalidade das intervenções e o consentimento do paciente para a sua realização tornam a ação lícita. Ainda que a finalidade seja meramente estética, não há que se falar em crime de lesões corporais. A conduta será lícita, na medida em que o profissional estará no exercício regular de um direito, qual seja, o exercício da sua profissão.

Se o médico viola o seu dever objetivo de cuidado, dando ensejo a resultado desfavorável, restará configurado o delito de

lesão corporal culposa (art. 129, § 6º do CP), estando sujeito a pena de detenção de dois meses a um ano. Diferentemente de quando há dolo, as lesões culposas não comportam classificação em leve, grave ou gravíssima (art. 129, §§ 1º e 2º do CP), contudo, o magistrado deverá levar em conta a magnitude da ofensa quando da aplicação concreta da pena (PRADO, 2010b).

Se o médico viola o seu dever objetivo de cuidado, dando ensejo a resultado desfavorável, restará configurado o delito de lesão corporal culposa, estando sujeito a pena de detenção de dois meses a um ano.

Também o crime de induzimento, instigação ou auxílio a suicídio merece atenção. Assim como no homicídio, o bem jurídico tutelado é a vida humana, contudo, o agente não suprime a vida de outrem, mas sim promove – através das ações de induzir, instigar ou auxiliar – a sua destruição pelo próprio titular da mesma. Exige-se que o sujeito passivo seja dotado de capacidade de discernimento, ou seja, que compreenda a natureza do ato a ser praticado.

Do contrário, em hipóteses de coação física ou moral, debilidade mental, entre outras deste gênero, o agente será punido como ator mediato do crime de homicídio. Como o foco do presente artigo é a responsabilidade médica, será comentado o ato de prestar auxílio em cotejo com a prática do suicídio assistido. De acordo com Prado (2010b), presta auxílio ao suicídio alheio quem colabora fornecendo os meios necessários para que a

² Referência à Norma Técnica sobre “Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes” (2012b).

vítima consiga matar-se. Tal pode se dar com o oferecimento de instrumento hábil a desencadear o evento morte, como fazia o médico estadunidense Dr. Jack Kevorkian (conhecido como “Dr. Morte”), ou quando o médico oferece conselhos ou instruções ao agente, ao indicar a dosagem mortífera de uma determinada substância, por exemplo.

Observe-se que o ato do profissional se circunscreve aos atos preparatórios. Uma vez realizados atos de execução, como a aplicação de uma injeção letal no paciente, a sua conduta configurará homicídio.

Desse modo, o suicídio assistido é prática proibida no Brasil, com reflexos na esfera penal.

Ainda que o autor do delito tenha sido movido por razões altruístas e moralmente relevantes, a pedido daquele que intenta cometer suicídio, tal não torna a conduta atípica. Desse modo, o suicídio assistido é prática proibida no Brasil, com reflexos na esfera penal. Ele está previsto no artigo 122 do CP, tendo sido cominada a pena de reclusão, de dois a seis anos, se o suicídio se consuma; ou reclusão, de um a três anos se da tentativa resulta lesão corporal grave. Ser a vítima menor de idade ou apresentar uma menor capacidade de resistência constitui causa de aumento de pena, a qual será duplicada (art. 122, parágrafo único, inciso II). O delito é instantâneo ou de mera conduta, ou seja, estará consumado uma vez que o auxílio tenha sido prestado.

Contudo, a aplicação da pena está sujeita à superveniência do evento morte ou lesão corporal grave, pois estes resultados são condição objetiva de punibilidade (PRADO, 2010b). Neste ponto, Bitencourt (2012b)

assume posicionamento diverso. Para ele, a não ocorrência destes eventos torna a conduta atípica, tal não constituiria simplesmente causa impeditiva da punibilidade. Em seguida serão abordados um segundo conjunto de crimes que muito diretamente se relacionam com a prática da medicina.

2.3 PANORAMA DOS PRINCIPAIS CRIMES PRÓPRIOS ATINENTES AO EXERCÍCIO DA MEDICINA: VIOLAÇÃO DO SEGREDO PROFISSIONAL, OMISSÃO DE NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA CONTAGIOSA, EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA, FALISDADE DE ATESTADO MÉDICO E OMISSÃO NA ASSISTÊNCIA A RECÉM-NASCIDO

A violação do segredo profissional é crime tipificado no artigo 154 do CP: “Revelar, alguém, sem justa causa, segredo, de que tem ciência em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e cuja revelação possa produzir dano a outrem”. A pena em abstrato é de detenção, de três meses a um ano, ou multa.

A violação do segredo profissional é crime tipificado no artigo 154 do CP.

Diferentemente dos crimes até aqui examinados, neste caso, a ação penal está condicionada a representação da vítima (art. 154, parágrafo único do CP). O bem jurídico tutelado é a esfera de segredo da pessoa, sua liberdade individual e intimidade, direitos que contam com previsão expressa na CF (art. 5º, X). Trata-se de delito próprio porque somente pessoa que exerça função, ministério, ofício ou profissão poderá cometê-lo, ou seja, quando existe um especial vínculo de confiança entre o agente e o sujeito passivo.

Embora o CP tenha adotado um sistema aberto ao não discriminar quais profissões e atividades estariam sujeitas a esse dispositivo, é pacífico de que o profissional da medicina poderá incorrer neste tipo penal caso revele a outrem informação de paciente obtida durante o exercício profissional, ato possível de gerar danos àquele que o transmitiu ou a outra pessoa, sem justa causa. Por estas razões o médico é proibido de depor em juízo, salvo se autorizado pela parte interessada. Havendo o consentimento do titular do segredo, é facultado ao médico prestar o seu testemunho (PRADO, 2010b).



Acesso à Informação

O delito se consuma com a mera revelação, independentemente da concretização do possível dano ao titular do segredo. Há casos em que a própria lei impõe o dever de revelar segredo. Cite-se, como exemplo, o fato de constituir crime a omissão de notificação à autoridade pública de doença de notificação compulsória (art. 269 do CP). Com base no artigo 66, inciso II da Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei nº. 3.688/1941), um médico que deixar de comunicar à autoridade competente crime de ação penal pública de que teve conhecimento no exercício da profissão, desde que tal não exponha o seu cliente a procedimento criminal, poderá ser multado. Frise-se que o médico ou profissional sanitário, neste caso, tem a obrigação de comunicar a ocorrência do delito, mas não a sua autoria.

Se seu paciente for o autor do crime, não se impõe ao médico o dever de delatá-lo, devendo continuar adstrito ao dever de manter sigilo (PRADO, 2010b). Também não haverá crime de violação do sigilo profissional quando o médico se encontrar em estado de necessidade. É o caso da ressalva feita no artigo 74 do CEM: “É vedado ao médico revelar sigilo profissional relacionado a paciente menor de idade, inclusive a seus pais ou representantes legais, desde que o menor tenha capacidade de discernimento, salvo quando a não revelação possa acarretar dano ao paciente” (BRASIL, 2009a). O artigo 73 do CEM melhor delinea os contornos do dever de guardar sigilo profissional:

SIGILO PROFISSIONAL

É vedado ao médico:

Art. 73. Revelar fato de que tenha conhecimento em virtude do exercício de sua profissão, salvo por motivo justo, dever legal ou consentimento, por escrito, do paciente. Parágrafo único. Permanece essa proibição: a) mesmo que o fato seja de conhecimento público ou o paciente tenha falecido; b) quando de seu depoimento como testemunha. Nessa hipótese, o médico comparecerá perante a autoridade e declarará seu impedimento; c) na investigação de suspeita de crime, o médico estará impedido de revelar segredo que possa expor o paciente a processo penal (BRASIL, 2009).

Responderá pelo crime de exercício ilegal da medicina (art. 282 do CP) tanto a pessoa que exerce a medicina, arte dentária ou farmacêutica sem autorização legal (delito comum), quanto o médico ou profissional da área de saúde que exerce a profissão excedendo os limites da sua capacitação e especialidade (delito especial próprio).

Aqui, o bem jurídico tutelado é a saúde pública, figurando como sujeito passivo a coletividade e a pessoa atendida nestas circunstâncias (PRADO, 2010b). Os limites referidos são aqueles que compõem a *lex artis*, as normas técnicas próprias para o exercício da profissão. O excesso estará caracterizado, por exemplo, quando médico pratica ato para o qual não possui formação nem autorização específica.

Este seria o caso de médico inscrito no Conselho Regional de Medicina (CRM) que atua como cirurgião plástico sem ter obtido a autorização ou título necessário ao exercício dessa especialidade (BITENCOURT, 2012b). Não haverá delito se o agente estiver diante de estado de necessidade de terceiro ou em situações de urgência, como ocorre em determinadas regiões onde faltam recursos e profissionais qualificados.

A falsidade de atestado médico também é crime próprio, figurando no polo ativo o profissional da medicina. A pena cominada em abstrato é de detenção, de um mês a um ano.

Observe-se que, se um médico continua a exercer o ofício mesmo após ter sido privado por decisão judicial, o crime ao qual responderá será o de desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito (art. 359 do CP). O mesmo ocorre se a vedação decorrer de decisão administrativa (art. 205 do CP). Se o exercício ilegal da medicina visar lucro, além de sujeito à detenção de seis meses a dois anos, ao médico será aplicada multa. Se do ato decorrer lesão de natureza grave ou morte, a pena será aumentada de metade ou aplicada em dobro, respectivamente (PRADO, 2010b).

A falsidade de atestado médico também é crime próprio, figurando no polo ativo o

profissional da medicina. A pena cominada em abstrato é de detenção, de um mês a um ano, aplicando-se multa também caso o crime tenha sido cometido com fins lucrativos (art. 302, parágrafo único, do CP). O bem jurídico em questão é a fé pública. A princípio, o Estado-Administração é o sujeito passivo do delito, podendo haver terceiro lesado ou diretamente prejudicado pela falsidade que também pode ser considerado sujeito passivo do delito.

Para que o delito seja consumado, deve ser entregue atestado falso ao interessado ou outra pessoa, que verse sobre fato relevante, como a constatação de uma enfermidade. A consumação independe de qualquer outro resultado ou consequência. Se o médico que entrega atestado falso é funcionário público, ele responderá pelo crime do art. 301 do CP (certidão ou atestado ideologicamente falso), por fazê-lo no exercício de função pública. No Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA; Lei nº. 8.069/1990), é prevista como crime a omissão na assistência a recém-nascido, nos seguintes termos: “Deixar o médico, enfermeiro ou dirigente de estabelecimento de atenção à saúde de gestante de identificar corretamente o neonato e a parturiente, por ocasião do parto, bem como deixar de proceder a exames referidos no art. 10 desta Lei.” Neste caso, a pena de detenção, de seis meses a dois anos ou, se culposo, de dois a seis meses, além de multa (BRASIL, 1990a).

3. RESPONSABILIDADE ÉTICO-PROFISSIONAL MÉDICA: O PAPEL DOS CONSELHOS DE MEDICINA NA DEFESA DO BOM EXERCÍCIO DA PROFISSÃO

O sistema ético-disciplinar de responsabilidade médica tem como objetivo evitar que erros e a má prática voltem a ocorrer pelos mesmos

motivos, além de propagar o conteúdo pedagógico da normativa ético-profissional para a classe médica e para a sociedade. Em outras palavras, busca-se o aprimoramento constante da qualidade da assistência médica. No Brasil, os conselhos têm instaurado mais processos disciplinares por iniciativa própria do que por denúncias de terceiros (CONSTANTINO, 2009).



Em estudo realizado sobre as características dos processos ético-profissionais com denúncia de infração por erro médico, no período de 2000 a 2004, que tramitaram no Conselho Regional de Medicina do Estado da Bahia (Cremeb), verificou-se que dos 372 médicos processados: 42,7% foi denunciado por erro médico; 24,8% era especialista em Ginecologia-Obstetrícia, 9,4% em Cirurgia Geral e 7,4% em Anestesia; a maioria das denúncias eram voltadas a erro médico cometido em atendimento público (80,1%) e relacionadas a atos cirúrgicos (66%); 29,9% foram considerados culpados, enquanto 31,4% foram absolvidos por carência de provas e 44% teve sua inocência comprovada (BITENCOURT et al, 2007). Acredita-se que vem sendo bem desempenhada a tarefa de promoção das normas éticas de conduta e julgamento dos desvios, protegendo-se a saúde da sociedade (CONSTANTINO, 2009).

3.1 O PROCESSO E JULGAMENTO ÉTICO-PROFISSIONAL DA ATIVIDADE MÉDICA NO BRASIL

No Brasil, as instituições mais diretamente responsáveis pela fiscalização e

regulamentação da prática da medicina são o Conselho Federal de Medicina (CFM) e os Conselhos Regionais de Medicina (CRM's). A Lei nº. 3.268/1957 versa sobre sua natureza e atribuições. De acordo com seu artigo 1º, o CFM e CRM's formam, em seu conjunto, uma autarquia, mas cada um deles possui personalidade jurídica própria, de natureza pública, bem como autonomia administrativa e financeira. Cabe à autarquia supervisionar, julgar e disciplinar a classe médica, zelando pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio da profissão (art. 2º).

A sede do CFM está localizada na capital do país – Brasília, devendo ser instalado um CRM em cada capital de Estado, Território e no Distrito Federal. A fiscalização e a apreciação de assuntos atinentes à ética profissional, com a aplicação das penalidades devidas, são de competência dos Conselhos Regionais (art. 15, “c” e “d”). Deverá, ainda: “promover, por todos os meios e o seu alcance, o perfeito desempenho técnico e moral da medicina e o prestígio e bom conceito da medicina, da profissão e dos que a exerçam” (art. 15, “h”).

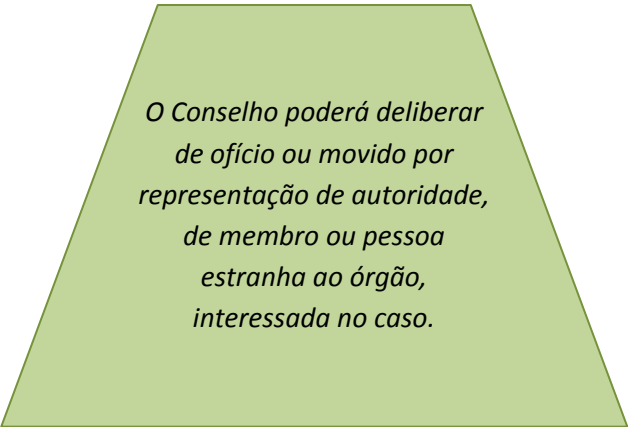


O CFM funcionará como instância de recurso quando, por provocação dos CRM's ou de qualquer interessado, deliberar sobre penalidades impostas a membros dos CRM's (art. 5º, I).

Ainda de acordo com a lei referida, o poder de disciplinar e aplicar penalidades aos médicos são de competência exclusiva dos Conselhos Regionais em que estavam inscritos ao tempo do fato punível ou em que ocorreu, em caso de exercício temporário da medicina em outra jurisdição (art. 21). O artigo 22 traz o rol de penas disciplinares aplicáveis pelos CRM's aos seus membros:

- (a) Advertência confidencial em aviso reservado.
- (b) Censura confidencial em aviso reservado.
- (c) Suspensão do exercício profissional até trinta dias.
- (d) Cassação do exercício profissional, *ad referendum* do Conselho Federal.

A aplicação das penas deverá observar esta gradação, salvo os casos cuja gravidade seja manifesta e exija a aplicação imediata da penalidade mais grave (art. 22, § 1º). O Conselho poderá deliberar de ofício ou movido por representação de autoridade, de membro ou pessoa estranha ao órgão, interessada no caso (art. 22, § 2º).



O Conselho poderá deliberar de ofício ou movido por representação de autoridade, de membro ou pessoa estranha ao órgão, interessada no caso.

As denúncias somente serão recebidas se devidamente assinadas e acompanhadas por elementos comprobatórios do alegado (art. 22, § 6º). A deliberação sobre o caso será sempre

precedida por audiência do acusado, sendo-lhe nomeado defensor caso ele não seja encontrado ou for revel (art. 22, § 3º). Proferida decisão e imposta qualquer penalidade, caberá recurso para o Conselho Federal no prazo de 30 dias. O recurso não terá efeito suspensivo, exceto se aplicada a penalidade de censura pública e as seguintes (art. 22, § 4º). Não há outra possibilidade de recurso de natureza administrativa, não excluída a propositura de ação judicial pela pessoa interessada (art. 22, § 5º).

Os trâmites do processo ético-profissional estão definidos na Resolução nº. 2.023/2013 do CFM. O processo é antecedido por uma sindicância e ambos os procedimentos se dão em sigilo (art. 1º). O conselheiro sindicante, uma vez nomeado para exercer essa função, terá 60 dias (prorrogáveis por igual período) para apresentar um relatório conclusivo contendo: a identificação das partes, a descrição dos fatos, a correlação da conduta e eventual infração ética, além de conclusão sobre a (in)existência de indícios de infração ética (art. 8º).

Este relatório será julgado por uma câmara específica de julgamento, sendo possíveis os seguintes desfechos:

- (a) Arquivamento.
- (b) Baixa em diligência.
- (c) Pedido de vista dos autos por 30 dias.
- (d) Aprovação de proposta de termo de ajustamento de conduta (TAC), possibilidade regulada pela Resolução nº. 1.967/2011 do CFM.
- (e) Aprovação de proposta de conciliação – não será possível nos casos que envolverem lesão corporal ou óbito (art. 9º, §§ 1º a 3º).

(f) instauração de processo ético-profissional, podendo ser cumula com proposta de interdição cautelar;

(g) Instauração de procedimento administrativo para apurar doença incapacitante (art. 10).

Da decisão de arquivamento caberá recurso às câmaras de sindicância do CFM, no prazo de 30 dias (art. 39, I). A decisão que instaura processo ético-profissional servirá como termo de abertura do processo e, em seguida, será nomeado o conselheiro instrutor, não podendo ocupar esta função o conselheiro sindicante (art. 10, § 1º e art. 11, § 1º).

Em continuação às disposições da Resolução nº. 2.023/2013 (BRASIL, 2013b), tem-se que o conselheiro instrutor promoverá a citação do denunciado para que apresente defesa prévia e arrole até cinco testemunhas no prazo de 30 dias (arts. 12 e 14). Se não for apresentada a contestação, o denunciado será considerado revel e o presidente do Conselho Regional ou conselheiro corregedor lhe nomeará um defensor dativo.



A qualquer tempo o denunciado poderá assumir o processo no estado em que se encontrar, caso compareça espontaneamente (art. 13, parágrafo único). Na audiência, que poderá ou não ser una, serão ouvidos o denunciante e o denunciado. A oitiva das testemunhas também seguirá esta ordem e

será realizada individualmente, de modo que uma não tenha conhecimento do depoimento da outra (arts. 18, 19, 20, § 2º, e 22). O advogado ou defensor dativo poderá apresentar perguntas por meio do conselheiro instrutor (art. 21). Em caso de divergência sobre fato relevante, poderá ser feita acareação entre denunciante, denunciado e testemunha (art. 25).

Uma vez concluída a instrução, será aberto prazo sucessivo de 15 dias para que o denunciante e denunciado apresentem razões finais ou elas poderão ser apresentadas oralmente, ao final da última audiência de instrução (art. 26). Apresentadas as razões finais, o conselheiro instrutor apresentará termo de encerramento dos trabalhos e irá encaminhá-lo ao presidente do Conselho Regional ou conselheiro corregedor (art. 27). Este determinará a inclusão do processo em pauta de julgamento e designará um conselheiro relator e um conselheiro revisor, ambos tendo o dever de produzir um relatório sem apresentar conclusões sobre o mérito da questão (art. 28, §§ 1º e 2º, art. 29 e art. 31, § 1º).

Na sessão de julgamento serão lidos os relatórios e concedidos 10 minutos para sustentação oral ao denunciante e ao denunciado. Após fase de debates, haverá 5 minutos para que ambos exponham suas considerações finais oralmente (art. 31, §§ 1º a 4º). Inexistindo pedido de vista dos autos ou necessidade de novas diligências (causas de interrupção do julgamento – art. 32), passa-se aos votos dos conselheiros que compõem a câmara específica de julgamento ou, na ausência, do pleno do Conselho Regional, a respeito das preliminares, culpabilidade, capitulação e penação (arts. 6º e 33).

Após, o presidente anunciará o resultado do julgamento, cabendo ao conselheiro do voto vencedor redigir o acórdão (art. 35). A sessão de julgamento ocorre a portas fechadas, somente na presença das partes e seus procuradores, integrantes da Assessoria Jurídica dos Conselhos de Medicina, bem como corregedores e funcionários responsáveis pelo procedimento disciplinar nos Conselhos de Medicina, necessários para o bom funcionamento do Tribunal de Ética Médica (art. 37).

Um processo ético-profissional concluído poderá ser revisado pelo CFM, se houver novas provas que possam inocentar o profissional condenado, ou demonstrar que a condenação foi baseada em provas falsas. Neste caso, o processo poderá ser anulado, pode ser alterada a capitulação da conduta, reduzida a pena ou absolvido o profissional.

As possibilidades de recurso ao CFM estão descritas no artigo 39, incisos II a V da Resolução ora apresentada. Um processo ético-profissional concluído poderá ser revisado pelo CFM se houver novas provas que possam inocentar o profissional condenado ou demonstrar que a condenação foi baseada em provas falsas. Neste caso, o processo poderá ser anulado, pode ser alterada a capitulação da conduta, reduzida a pena ou absolvido o profissional. A pena jamais poderá ser agravada (arts. 57, § 1º e 60) (BRASIL, 2013b).

A Resolução nº. 2.023/2013 (BRASIL, 2013b) ainda prevê a possibilidade de reabilitação do profissional em seu artigo 61, ou seja, decorridos 8 anos do cumprimento da pena e

sem que o profissional tenha sofrido qualquer outra penalidade ético-disciplinar, ele poderá requerer sua reabilitação ao CRM onde está inscrito, sendo retirados os apontamentos referentes a condenações anteriores. Tal não será possível somente quando o médico for punido com pena de cassação do exercício profissional.

O artigo 1º do Capítulo III do CEM constitui a base da responsabilidade profissional. De acordo com ele, é vedado ao médico causar dano ao paciente, por ação ou omissão, caracterizável como imperícia, imprudência ou negligência. O parágrafo único do mesmo dispositivo assinala que a responsabilidade médica é sempre pessoa e não pode ser presumida – orientação que é contrastante com o regime do direito civil, onde se admite a culpa presumida e a inversão do ônus da prova em benefício do paciente em dadas circunstâncias.

De início, cabe reforçar que nem todo mau resultado decorre de um erro médico (BRASIL, 2009a). Há situações em que ocorrem acidentes imprevisíveis, nas quais a lesão decorre de motivo de força maior que não poderia ser previsto ou evitado pelo agente. Há, ainda, os males incontrolláveis, resultados de situações de curso inexorável e independente dos esforços do médico e sua equipe, situações que estão no limite da capacidade do estágio atual da ciência (CONSTANTINO, 2009).

O erro médico também não pode ser confundido com a iatrogenia, figura já abordada no item sobre responsabilidade civil médica. Para relembrar: a iatrogenia designa os efeitos negativos de uma intervenção médica que terminam por se concretizar a despeito do médico ter agido conforme a *lex artis*, com toda

a diligência e competência profissional. Fox (2006) alerta que muitos pacientes ainda não sabem distinguir entre um erro e um evento adverso não evitável. Por isso, o médico deve ter consciência dos riscos envolvidos e adotar terapias que reduzam as chances de dano e maximizem as possibilidades de benefício ao paciente.

Em um julgamento de natureza ética, será mais importante na determinação ou não da responsabilidade, a apreciação da conduta do médico, se agiu com culpa, do que a existência de um resultado danoso.

É importante, nesse ínterim, distinguir responsabilidade de culpabilidade. O médico é responsável pelos seus atos, mas isso não implica que será culpado por uma determinada lesão proveniente do procedimento que realizara, quando não exitoso. Daí Martins (2009) frisar que existe uma diferença entre responsabilidade e culpabilidade. Por isso, em um julgamento de natureza ética, será mais importante na determinação ou não da responsabilidade a apreciação da conduta do médico, se agiu com culpa, do que a existência de um resultado danoso. Enquanto na responsabilidade civil o núcleo da análise reside na caracterização do nexo causal entre ação culposa e dano, na responsabilidade ética é preponderante a ponderação sobre a sequência de riscos implicados no exercício da profissão (CONSTANTINO, 2009).

O paciente sempre está exposto a um grau de risco, pois esta é uma característica inerente à prática da Medicina. Contudo, o que não se pode admitir é a exposição a riscos imoderados, devendo o profissional agir com

diligência, prudência, no intuito de minimizar as possibilidades de dano. Daí ser este o foco: em julgamentos ético-profissionais são analisados com profundidade os indícios de culpa – nas suas três modalidades, negligência, imperícia e imprudência, como já delineado na seção sobre responsabilidade civil. Embora o dano seja quase sempre o motivo da denúncia contra o médico perante os conselhos de ética, a análise se detém ao agir do médico, não parte do resultado apontado.

No cotidiano dos conselhos de ética médica, frequentemente, é menos debatido o dano constante na denúncia do que as questões relacionadas com a quebra de princípios bioéticos, que constituem as bases da *lex artis* – autonomia, beneficência, não maleficência e justiça. Ademais, uma conduta culposa poderá não resultar em dano, o que não impede a avaliação do caso para que seja verificado se a conduta do médico foi cercada pela atenção, cuidados e evidências científicas necessárias. Observe-se, nessa esteira, que o mesmo fato ilícito pode gerar efeitos civis, penais, administrativos e ético-profissionais, porém, os



caminhos que levam à decisão final apresentam variações em cada segmento, inclusive os resultados podem ser distintos (CONSTANTINO, 2009).

Martins (2009) denomina as circunstâncias em que o ato médico resulta em acidente imprevisível, a despeito de o profissional ter tomado todos os cuidados exigíveis, como “erro honesto”.

O erro médico ainda seria figura distinta da má prática. Esta última ocorre quando a ciência médica se desvia da sua finalidade humanitária, passando a ser instrumento de atentado contra a dignidade humana. O autor chega a dizer que a má prática é expressão de maldade, de desrespeito aos direitos fundamentais.

Dentre os artigos do CEM (BRASIL, 2009a) que condenam a má prática médica, podem ser citados como exemplo:

(a) É dever do médico respeitar o ser humano e atuar sempre em seu benefício, jamais utilizando os seus conhecimentos para causar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou acobertar tentativa contra a sua dignidade e integridade (Capítulo I, item VI).

(b) É vedado tratar o ser humano sem civilidade e consideração, desrespeitando a sua dignidade ou discriminando-o sob qualquer pretexto (Capítulo IV, art. 23).

(c) Assim como usar a profissão para corromper costumes, cometer ou favorecer crime (Capítulo IV, art. 30).

Além destas hipóteses genéricas, há exemplos de má prática perceptíveis no contexto da relação médico-paciente de uma forma mais direta, como a conduta de exagerar a gravidade do diagnóstico ou prognóstico e aproveitar-se da relação para obter vantagem física, emocional, financeira ou qualquer outra natureza (Capítulo IV, arts. 35 e 40).

3.2 OBJEÇÃO DE CONSCIÊNCIA MÉDICA: QUANDO O EXERCÍCIO DE UM DIREITO SE TORNA MÁ PRÁTICA PROFISSIONAL

A objeção de consciência encontra amparo no art. 5º, inciso VIII da CRFB/88, tem *status* de direito fundamental e garante que o médico não seja obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência. Trata-se de um direito largamente amparado pelo CEM (BRASIL, 2009a), como se extrai das seguintes disposições:

(a) “O médico exercerá sua profissão com autonomia, não sendo obrigado a prestar serviços que contrariem os ditames de sua consciência ou a quem não deseje, excetuadas as situações de ausência de outro médico, em caso de urgência ou emergência, ou quando sua recusa possa trazer danos à saúde do paciente” (Capítulo I, item VII).



(b) “O médico não pode, em nenhuma circunstância ou sob nenhum pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, nem permitir quaisquer restrições ou imposições que possam prejudicar a eficiência e a correção do seu trabalho” (Capítulo I, item VIII).

(c) “É direito do médico: exercer a Medicina sem ser discriminado por questões de religião,

etnia, sexo, nacionalidade, cor, orientação sexual, idade, condição social, opinião política ou de qualquer outra natureza (Capítulo II, item I).

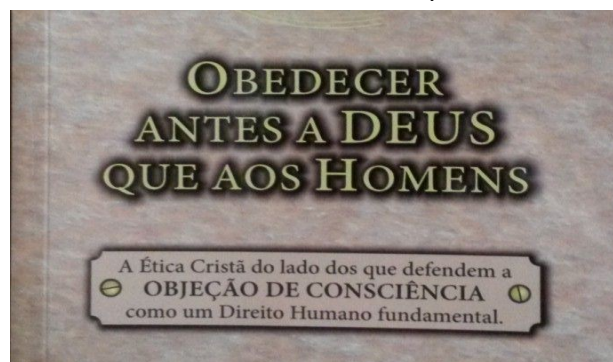
(d) “É direito do médico: recusar-se a realizar atos médicos que, embora permitidos por lei, sejam contrários aos ditames de sua consciência” (Capítulo II, item IX).

Por outro lado, o mesmo CEM garante o respeito à autonomia do paciente em diversos dispositivos. De acordo com seu artigo 22, é vedado ao médico deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo caso de risco iminente de morte. Também lhe é vedado deixar de garantir ao paciente o direito de decidir livremente sobre a sua pessoa e bem-estar, ou exercer a sua autoridade para limitá-lo, igualmente ressalvados os casos de risco de morte (arts. 24 e 31). Diz-se, ainda, em seu artigo 20: “É vedado ao médico: permitir que interesses pecuniários, políticos, religiosos ou de quaisquer outras ordens, do seu empregador ou superior hierárquico ou do financiador público ou privado da assistência à saúde interfiram na escolha dos melhores meios de prevenção, diagnóstico ou tratamento disponíveis e cientificamente reconhecidos no interesse da saúde do paciente ou da sociedade”.

A análise do possível conflito entre essas diretrizes, em outras palavras, dos limites ao exercício da objeção de consciência no Brasil, será guiada a partir de um problema que tem sido cada vez mais objeto de reflexão no país: a objeção de consciência em face do aborto legal. Nesse tocante, acrescenta-se o que dispõe o artigo 15 do CEM: “É vedado ao médico: descumprir legislação específica nos casos de

transplante de órgãos e tecidos, esterilização, fecundação artificial, abortamento, manipulação ou terapia genética” (BRASIL, 2009a).

Para França (2010), ainda nos casos em que a legislação contemple a prática do aborto sem sanções diante de certas circunstâncias, se as convicções do médico não lhe permitem praticar o aborto a sua recusa deverá ser respeitada, a não ser em situações excepcionais. O exercício do direito de objeção de consciência por profissionais da saúde, mais especificamente a negativa de realização do aborto legal, pode representar obstáculo ao exercício de direitos sexuais e reprodutivos.



A questão se torna ainda mais delicada quando os profissionais em questão trabalham em hospitais públicos e sustentam a objeção por razões religiosas, sabendo-se que o Estado brasileiro é laico. A laicidade é uma característica que somente pode ser atribuída a “um regime social de convivência, cujas instituições políticas estão legitimadas principalmente pela soberania popular e já não elementos religiosos” (BLANCARTE, 2006, p. 43). Trata-se de uma construção social sempre inacabada e que, conforme a Constituição brasileira, deve ser perseguida. A situação ora analisada bem evidencia o conflito entre moralidade pública e moralidade privada. Se, por um lado, a objeção de consciência é um direito do médico, o exercício deste direito não

pode representar a negação do direito das mulheres de ter acesso ao aborto legal.

Na doutrina os posicionamentos são diversos. Há quem sustente, como Savulescu, que a objeção de consciência nessas circunstâncias deve ser proibida (tese da incompatibilidade). Por outro lado, há quem entenda que dita objeção é um direito individual absoluto, como Pellegrino (tese da integridade). Para Diniz (2011), os extremos não respondem a questão adequadamente. Se um médico apresenta uma objeção de consciência integral ao aborto ele não deve fazer parte dos serviços de referência para o aborto legal, por exemplo, devendo a sua integridade moral ser observada em momento anterior à sua locação na rede dos serviços de saúde. Se a objeção é seletiva, deveria ser apresentada uma motivação relevante (tese da justificação).



Tal pode refletir em outras situações, como uma possível violação do direito à informação do paciente via omissão da possibilidade de realização do aborto legal por força das convicções religiosas do profissional que atendeu a adolescente (CAVAGNA, NETO; DREZZET, GALLI, 2012). Vê-se, então, que o acesso ao procedimento pode ser obstado por falta de preparo da própria equipe do posto de saúde. As Normas Técnicas do MS trazem diretrizes importantes para que o exercício da objeção de consciência não represente a negação de um direito da mulher, como ser

verá a seguir. Porém, há episódios de franco desrespeito a tais orientações.

De acordo com normas técnicas do MS³, não haverá direito à objeção de consciência, estando o profissional sujeito a responsabilidade civil e criminal por omissão, nos seguintes casos:

- a) Quando houver risco de morte para a mulher.
- b) Em qualquer situação de abortamento juridicamente permitido, na ausência de outro profissional que o faça.
- c) Quando a mulher puder sofrer danos ou agravos à saúde em razão da omissão do profissional.
- d) Em casos de atendimento de complicações derivadas do abortamento inseguro, por se tratarem de casos de urgência.

Em relação ao CEM, esta norma explicita que se trata de situação de urgência o atendimento a mulheres que apresentaram complicações oriundas de abortamento inseguro (ainda que em circunstância ilegal) e que, igualmente, não caberá a objeção quando o não atendimento representar risco de morte para a mulher. Além disso, restou consignado ser dever do Estado e dos gestores de saúde manter, nos hospitais públicos, profissionais que não manifestem objeção de consciência e que realizem o abortamento dentro dos limites legais.

Portanto, embora exista o direito do médico à objeção de consciência e o direito de recusa em realizar abortamento em caso de gravidez resultante de violência sexual, é obrigação da

³ São elas: “Atenção Humanizadas ao Abortamento” (2010a) e “Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes” (2012b).

instituição o oferecimento, às usuárias do SUS, de todos os seus direitos, inclusive o da

É dever do Estado e dos gestores de saúde manter, nos hospitais públicos, profissionais que não manifestem objeção de consciência e que realizem o abortamento dentro dos limites legais.

interrupção da gestação nos casos permitidos em lei, nos moldes da norma referida. É dever do Estado e dos gestores de saúde manter, nos hospitais públicos, profissionais que não manifestem objeção de consciência e que realizem o abortamento dentro dos limites legais.

3.3 OS LIMITES DO PODER NORMATIVO DO CFM: O CASO DAS RESOLUÇÕES SOBRE ORTOTANÁSIA E DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE

No Brasil, os estudos sobre tomada de decisões relativas ao fim da vida são vem se desenvolvendo de forma intensa. Estão na ordem do dia questões sobre eutanásia, ortotanásia, distanásia e suicídio assistido. O CFM publicou duas resoluções que tocam o tema da ortotanásia e ambas foram impugnadas judicialmente pelo Ministério Público (MP), tendo sido questionado, dentre outras coisas, o possível excesso do CFM no exercício de sua competência normativa. Por isso, estas resoluções serão abordadas como ponto de partida para reflexões a respeito.

A ortotanásia é conduta que implica na abstenção ou supressão de tratamentos extraordinários, fúteis e desproporcionais, cuja manutenção importa em mais prejuízos e sofrimento do que benefícios para o paciente que se encontra em estado terminal, permitindo-se que a morte siga o seu caminho natural. É referida como prática de cunho

terapêutico, que garante dignidade ao paciente em estado terminal (DADALTO, 2013). A Resolução nº 1.805/2006 do CFM foi a primeira normativa a admitir a prática da ortotanásia no Brasil. Diz seu artigo 1º: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal.” (BRASIL, 2006a).

Como já apontado, esta resolução foi impugnada pelo Ministério Público Federal (MPF) em 2007, através de ação civil pública. A resolução chegou a ser suspensa por decisão liminar. Em 2010, foi prolatada sentença julgando improcedente o pedido do *parquet*, por se tratar de resolução que versa sobre prática atinente à Ética Médica e que não constitui crime à luz do ordenamento jurídico brasileiro (DISTRITO FEDERAL, 2010b). O CEM ratificou essa possibilidade em seu artigo 41,



parágrafo único: “Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal” (BRASIL, 2009a).

Destaque-se que, no Brasil, não há lei que trate expressamente sobre este assunto. Em 2012, o

CFM novamente publica resolução sobre instituto ainda não disciplinado pela legislação brasileira: as diretivas antecipadas de vontade. Há Lei do Estado de São Paulo (Lei 10.241/2009 – “Lei Mário Covas”) que assegura o direito do paciente de recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida e de optar pelo local da morte, mas a(s) forma(s) em que essa vontade poderá ser manifestada não é objeto do diploma legal (SÃO PAULO, 2009). Vê-se, portanto, que a disciplina jurídica a respeito é bastante incipiente.

O preenchimento desta lacuna normativa pressupõe a realização de estudos sobre o instituto que, a despeito de já contar com disciplina jurídica em outros países, deve ser maturado pela sociedade brasileira, para que sua introdução na ordem jurídica pátria seja compatível com os nossos valores e necessidades. No intuito de regular a prática médica neste âmbito, o CFM publicou a Resolução nº. 1.995/2012. De acordo com seu artigo 1º, as diretivas antecipadas de vontade são o “[...] conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”.

Tais diretivas serão levadas em consideração pelo médico, assim como as informações prestadas por eventual representante nomeado para tal fim, prevalecendo o seu conteúdo sobre qualquer outro parecer de natureza não médica, devendo ser desconsideradas as disposições contrárias ao CEM. Ainda de acordo com ela, as diretivas antecipadas devem ser registradas em prontuário, quando comunicadas diretamente ao médico pelo paciente. Na sua ausência, não

havendo representante designado, deverá ser consultada a família do enfermo. Diante do dissenso entre os familiares, o médico deverá recorrer ao Comitê de Bioética da instituição ou, inexistindo este, à Comissão de Ética Médica do hospital ou Conselho Regional e Federal de Medicina para fundamentar a sua decisão em face do dito conflito (BRASIL, 2012a).



Em janeiro de 2013, o MPF em Goiás ajuizou ação civil pública na qual requer a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da Resolução CFM nº 1.995/2012. Dentre as razões colacionadas, está o desrespeito aos limites do poder regulamentar conferido pela Lei nº. 3.268/1957 aos Conselhos de Medicina, na medida em que a resolução versa sobre tema que possui repercussões familiares, sociais e nos direitos da personalidade, âmbito em que somente a União poderia fazê-lo (artigo 22, I, XVI e XXIII da CF). Além disso, a resolução teria se omitido em pontos relevantes, como os requisitos relativos ao paciente, o limite temporal de validade do documento, as formas de revogação, os critérios de participação familiar e o instrumento utilizado para o registro das diretivas de vontade.

Liminarmente, foi requerida a suspensão da resolução em todo o território nacional (BRASIL, 2013c). Em decisão publicada em maio de 2013, o pedido liminar foi negado. Para o juízo, o CFM não extrapolou os poderes

normativos outorgados pela Lei nº 3.268/1957, apenas tendo regulamentado a conduta médica. Ademais, as diretivas antecipadas de vontade se coadunam com a ideia de dignidade humana. Quanto à forma, tem-se que a manifestação da vontade é livre salvo disposição legal em sentido contrário (art. 107 do CC). Seu conteúdo, por sua vez, deve observar o artigo 104 do CC (BRASIL, 2013d).

Foi proferida sentença em fevereiro de 2014. Entendeu o magistrado que o MP apontou acertadamente a inexistência de lei ou ato normativo de mesma hierarquia sobre a questão, destacando ser desejável que essa questão fosse regulada por lei emanada do Congresso Nacional. Porém, diante do vazio legislativo, tem-se que as diretivas antecipadas de vontade não são vedadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, não tendo o CFM extrapolado os seus poderes normativos.

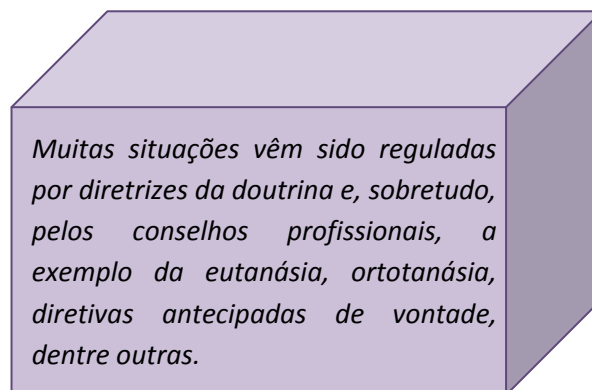
Os efeitos da resolução se restringem à relação ético-disciplinar entre o Conselho e os médicos, não estando a família ou o Poder Público impedidos de buscar tutela judicial caso se oponham às diretivas ou vislumbrem o cometimento de ato ilícito por parte do profissional (BRASIL, 2014a). O MPF recorreu desta decisão, tendo os autos sido remetidos ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região para julgamento. Entende-se que a competência do CFM para dispor sobre tal conteúdo é ponto a ser discutido, contudo, a resolução não deixa de representar avanço na medida em que quase sempre a lei se limita a acompanhar as novas práticas sociais, ajustando-se a elas (ALMEIDA, 2012).

Dadalto (2013) ressalta que não se pode afirmar que as diretivas antecipadas de vontade foram legalizadas no Brasil, pois a resolução se restringe à classe médica. Pelos

próprios limites de sua competência o CFM deixou de regular pontos importantes, de modo que se mantém a necessidade de previsão legal do instituto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Medicina é uma atividade secular que tem passado por diversas transformações. Do paternalismo herdado da medicina hipocrática passou-se à valorização da autonomia do paciente, tornando-se mais horizontal a sua relação com o médico. No Brasil, além de se estar passando por essa transição, muitas situações até então não abordadas pelo ordenamento jurídico vêm sido reguladas por diretrizes da doutrina e, sobretudo, pelos conselhos profissionais, a exemplo da eutanásia, ortotanásia, diretivas antecipadas de vontade, dentre outras.



O país conta com um SUS de pretensões universais, mas que hoje tem estrutura precária e não atende suficientemente a demanda populacional. Até mesmo no âmbito privado se enfrentam problemas, principalmente em relação à cobertura dos planos de saúde. Nesse cenário, foi objeto do artigo a disciplina jurídica da responsabilidade médica, em suas três esferas: civil, penal e ético-profissional. Foram abordadas as principais questões, de modo a se formar um grande quadro de direitos e, sobretudo, deveres dos médicos no país. A título de considerações finais, serão destacados

alguns pontos que foram abordados em cada uma dessas esferas.

A responsabilidade civil médica apresenta uma série de peculiaridades, tanto em relação aos pressupostos a serem atendidos (conduta humana voluntária, dano, nexo causal e culpa), quanto à forma de avaliá-los e a -quem dirigir o dever de indenizar.

Em relação ao médico que exerce a profissão na qualidade de profissional liberal, está assentada a regra de que sua obrigação é de meio e sua responsabilidade tem natureza subjetiva. Tal encontra base legal no CDC e no CC, observando-se que a doutrina e jurisprudência majoritárias entendem que entre médico e paciente existe uma relação de consumo.

Em relação ao médico que exerce a profissão na qualidade de profissional liberal, está assentada a regra de que sua obrigação é de meio, e sua responsabilidade tem natureza subjetiva.

Para determinadas especialidades, considera-se que a obrigação é de resultado. É o caso do médico anestesista e do cirurgião plástico, nos procedimentos com finalidade embelezadora.

Para determinadas especialidades, considera-se que a obrigação é de resultado. É o caso do médico anestesista e do cirurgião plástico nos procedimentos com finalidade embelezadora. Uma vez constatado o dano, a culpa destes profissionais seria presumida. O CEM não faz distinção entre as especialidades, de modo que é a regra geral que se verifica no âmbito da responsabilidade ético-profissional.

Nas análises em torno do dano, deve-se ter especial atenção com as diferenças entre erro médico e iatrogenia, pois no segundo caso o

dano é produzido mesmo tendo o médico agido de forma diligente. Ausente o requisito “culpa”, portanto, não há que se falar em responsabilização.

No caso de estabelecimento de saúde, como hospitais e clínicas, a disciplina jurídica varia conforme sua natureza jurídica, pública ou privada.

No caso de estabelecimento de saúde, como hospitais e clínicas, a disciplina jurídica varia conforme sua natureza jurídica, pública ou privada. Em ambos os casos a responsabilidade é de ordem objetiva, independe da aferição de culpa, na esteira da CF e do CDC respectivamente. No caso dos hospitais públicos, se este integrar a administração pública direta, a ação deverá ser ajuizada em face do ente federativo adequado. Quanto a este último ponto, há divergências entre serem todos os entes dotados de legitimidade passiva ou se esta indicação deverá observar a Lei Orgânica da Saúde.

Caso o hospital integre a administração pública indireta, por ser dotado de personalidade jurídica própria, a instituição deverá integrar o polo passivo, sendo a responsabilidade do ente federativo subsidiária. Em ambos os casos, caberá ação de regresso contra o agente que provocou o dano. A doutrina majoritária entende que a vítima pode ajuizar a ação contra o ente estatal e o agente ao mesmo tempo. Este era o entendimento do STF, até mudança ocorrida em 2006: a vítima deve acionar o ente e, este, é quem terá legitimidade para ajuizar ação contra o agente.

Essa mesma disciplina se aplica a hospitais e clínicas de natureza privada conveniadas ao SUS. No âmbito estritamente privado, há conflitos sobre a extensão de sua

responsabilidade – se restrita ou não aos médicos e profissionais que integram o seu quadro de funcionários, e sobre a necessidade de avaliar a presença de culpa quando o dano for proveniente de erro médico.

No âmbito do Direito Penal, tem-se que a responsabilidade é sempre pessoal e a penalidade deve ser imputada na medida da culpabilidade do agente. Das noções preliminares, destaque-se a importância da conformação do delito durante a *persecutio criminis* – ação típica, antijurídica e culpável, bem como a peculiaridade da responsabilidade penal médica em crimes omissivos por sua especial posição de garantidor: Se, por omissão do médico, materializa-se um resultado danoso ao paciente, se estará diante de um crime omissivo impróprio ou comissivo por omissão e o médico responderá pelo resultado (lesões corporais, homicídio, por exemplo). Quanto aos crimes comuns destacados no trabalho, observe-se que, tanto no homicídio como no crime de lesões corporais, há previsão de causa de aumento de pena a ser aplicada quando o delito, na sua modalidade culposa, resultou da inobservância de regra técnica da profissão.

A eutanásia é considerada crime de homicídio doloso privilegiado. A ortotanásia, por outro lado, é conduta considerada lícita.

A eutanásia é considerada crime de homicídio doloso privilegiado, pelo fato da ação se basear em motivo de relevante valor moral, qual seja, a compaixão e piedade diante do sofrimento daquele que pede que o evento morte seja deflagrado/antecipado. Não há lei expressa a respeito, havendo a possibilidade de inserção de tipo penal autônomo criminalizando a eutanásia no projeto de lei do novo CP. A ortotanásia, por outro lado, é conduta

considerada lícita e tem base normativa na Resolução nº 1.805/2006 do CFM e CEM.

Ainda no que se refere ao contexto da terminalidade da vida, também o suicídio assistido é considerado crime, uma vez sendo

Também o suicídio assistido é considerado crime, uma vez sendo tipificada a conduta de auxílio ao suicídio.

tipificada a conduta de auxílio ao suicídio.

O aborto é outra questão sensível e polêmica. Atualmente, realizar abortamento, mesmo com o consentimento da gestante, é crime no Brasil. O médico não será punido em três hipóteses: (a) se houver risco à saúde da mulher; (b) se a gravidez resultar de estupro; (c) quando realizada a antecipação terapêutica do parto de feto anencéfalo. Embora a doutrina penal afirme que o médico somente poderá realizar o aborto se calcado em elementos sérios de convicção, sendo o exemplo principal a apresentação de boletim de ocorrência na segunda hipótese de aborto legal, o MS traz orientação diversa em relação a este documento. Não se exige mais a apresentação de boletim de ocorrência como condição para a realização do procedimento em caso de gravidez decorrente de violência sexual.

Dentre os delitos próprios abordados, destaquem-se o crime de violação do segredo profissional e de exercício ilegal da medicina. Quanto ao primeiro, observe-se que, embora o

Dentre os delitos próprios, destaquem-se o crime de violação do segredo profissional e de exercício ilegal da medicina.

médico tenha o dever de comunicar à autoridade competente o cometimento de crime de que teve conhecimento no exercício

da profissão, caso o seu paciente seja o autor do delito o profissional poderá apontar a autoria.

Quando figurar como testemunha em processo de qualquer natureza, o médico só terá a faculdade de depor com autorização do seu paciente a quem as informações podem gerar prejuízo. Quanto ao segundo delito próprio, frise-se que comete crime o médico que extrapola os limites da sua especialização, exceto em locais onde há falta de profissionais e a estrutura é precária.

A responsabilidade ético-profissional médica faz parte do feixe de competências do CFM, sediado em Brasília, e dos CRM's, presentes em todos os estados da federação. O CRM detém a competência de julgar o profissional neste âmbito, cabendo recurso ao CFM. As penalidades possíveis vão de advertência até cassação do exercício profissional, nos casos mais graves. O procedimento pode ser deflagrado por uma autoridade, por pessoa interessada ou pelo próprio conselho, *ex officio*.

A responsabilidade ético-profissional médica faz parte do feixe de competências do CFM, sediado em Brasília, e dos CRM's, presentes em todos os estados da federação.

O procedimento ético-profissional é precedido por uma sindicância, etapa de natureza investigativa, ocorrendo ambos em sigilo.

O procedimento ético-profissional é precedido por uma sindicância, etapa de natureza investigativa, ocorrendo ambos em sigilo. Destaque-se a possibilidade de conciliação e firmação de TAC, medidas que têm viés consensual e pedagógico. A maioria dos

processos são deflagrados com fulcro no art. 1º, III do CEM, referente à prática de erro médico. Diferentemente do que se dá nas responsabilidades civil e penal, no julgamento de natureza ética será mais importante a apreciação da conduta do médico do que a sua correlação com a produção de um resultado danoso ao paciente. Por isso, são analisados de forma detalhada os indícios de culpa em confronto com as bases da *lex artis*, para que seja possível também a diferenciação de episódios de erro médico e episódios de iatrogenia.

No que toca ao exercício da profissão e seus parâmetros éticos, foram abordadas situações que vêm suscitando muitos conflitos e divergências no Brasil: os limites ao exercício da objeção de consciência e ao poder normativo do CFM, tomando-se como exemplo, respectivamente, os casos do aborto legal e as recentes resoluções sobre ortotanásia e diretivas antecipadas de vontade.

Quanto à objeção de consciência, embora o MS já tenha delineado diretrizes importantes no sentido de garantir o acesso ao procedimento do aborto legal, enfrentam-se diariamente dificuldades práticas na conciliação do exercício deste direito fundamental e o acesso à assistência à saúde, direito igualmente fundamental. Os conflitos se acentuam ao se tratar de profissionais dos serviços públicos de saúde, considerando-se que o Estado brasileiro é laico.

Nesse ínterim, o MS também deixa claro que é obrigação do Estado e dos gestores de saúde assegurar a presença, nos postos de saúde, de profissional que realize o procedimento de abortamento nos termos legais.

Quanto ao poder normativo do CFM, as decisões judiciais proferidas nos exemplos abordados assumiram o entendimento de que, embora tratem de temas que ainda não foram objeto de lei formal, não há qualquer vício de ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Em ambos os casos é referido que as resoluções apenas valem no âmbito ético-profissional, não afastando questionamentos a respeito perante o Poder Judiciário. O princípio

da legalidade é o núcleo do impasse: por um lado, um parlamento omissivo sobre temas relevantes e urgentes e, de outro, um conselho profissional que se vê obrigado a lançar diretrizes sobre práticas que já são realidade, como forma de evitar abusos e preservar a ética profissional.

REFERÊNCIAS

1. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 7, p. 133-180.
2. ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.
3. AZI, Camila Lemos. *Responsabilidade civil por erro médico no direito brasileiro*. 2000. 99 f. Monografia (Graduação) – Direito. Universidade Salvador – UNIFACS, Salvador, 2000.
4. BITENCOURT, Almir Galvão Vieira et al. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: implicações na educação médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022007000300004>. Acesso em: 14 ago. 2014.
5. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012a.
6. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012b.
7. BLANCARTE, Roberto. Laicidad: la construcción de un concepto de validez universal In: COSTA, Nestor da. *Laicidad en América Latina y Europa: repensando lo religioso entre lo público y lo privado en el siglo XXI*. Montevideo: CLAEH, 2006.
8. BRASIL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. Minuta do Relatório Final, de 10 de dezembro de 2013a. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142748&tp=1>>. Acesso em: 12 ago. 2014.
9. Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica*: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009a. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2014.
10. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.621, de 06 de junho de 2001*. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/1621_01.php>. Acesso em: 14 ago. 2014.
11. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805, de 28 de novembro de 2006a. *Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal*. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 ago. 2014.

12. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012a*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
13. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.023, de 28 de agosto de 2013b*. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos ético-profissionais e o rito dos julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2023_2013.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
14. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
15. *Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
16. *Decreto-lei nº. 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
17. *Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002*. [Código Civil]. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2014.
18. *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. [Lei Orgânica da Saúde]. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 27 ago. 2014.
19. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
20. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990b*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências [Código de Defesa do Consumidor]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
21. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Atenção Humanizada ao Abortamento*: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2010a.
22. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes*: norma técnica. 3. ed. atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012b.
23. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Goiás. Ação civil pública com pedido de antecipação de tutela liminar. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Procurador da República: Ailton Benedito de Souza. Goiânia, 21 de janeiro de 2013c. Disponível em:

<http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/inicial%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

24. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Decisão. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia, 14 de março de 2013d. Disponível em:< http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/decisao%20liminar.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

25. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Sentença. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Eduardo Pereira da Silva. Goiânia, 21 de fevereiro de 2014a. Disponível em:< http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/senten%C3%A7a%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.

26. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012c*. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 12 ago. 2014.

27. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 220.120-SP (2011/0232558-3) Impetrante: José Francisco Galindo Medina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 02 de agosto de 2012. Disponível em: < BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº. 26.414-RJ (2009/0136399-2) Recorrente: Lucimar Nascimento da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 19 de novembro de 2012d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194530&num_registro=200901363992&data=20121126&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.>. Acesso em: 10 ago. 2014.

28. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº. 26.414-RJ* (2009/0136399-2) Recorrente: Lucimar Nascimento da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 19 de novembro de 2012e. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194530&num_registro=200901363992&data=20121126&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

29. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.145.728-MG* (2009/0118263-2) Recorrente: Maternidade Octaviano Neves S/A. Recorrido: Valéria Mendes Spagnol Ferreira e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 28 de junho de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1014085&sReg=00901182632&sData=20110908&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

30. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.388.822-RN* (2012/0055646-4) Recorrente: União. Recorrido: Maria Ione de Azevedo. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 16 de junho de 2014b. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/>>

mediado/?componente=ITA&sequencial=1257958&num_registro=201200556464&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

31. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 774.963-RJ* (2005/0137527-1) Recorrente: Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro; Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro. Recorrido: Cecília Marques de Souza. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2012f. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1200987&sReg=200501375271&sData=20130307&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

32. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 908.359-SC* (2006/0256989-8) Recorrente: Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Recorrido: Maria de Lourdes Amândio Machado. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Brasília, DF, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=766053&num_registro=200602569898&data=20081217&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

33. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 992.265-RS* (2007/0230118-1) Recorrente: União. Recorrido: Luzia de Souza Russo. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 16 de junho de 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=893403&sReg=200702301181&sData=20090805&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.

34. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 327.904-SP*. Recorrente: Associação de Caridade Santa Casa de Misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 10 ago. 2014.

35. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.

36. CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *Iatrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 2. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

37. CAVAGNA NETO, M.; DREZETT, J.; GALLI, B. Aborto e Objeção de Consciência. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 32-35, 2012. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a14v64n2.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.

38. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

39. CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexos de causalidade e dano. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, n. 1, jul. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/58/61>. Acesso em: 13 Ago. 2014.

40. COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico: obrigações de meio e de resultado?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

41. DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n.1, abr. 2013a. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em: 10 ago. 2013.
42. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013b.
43. DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 5, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102011000500021&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 ago. 2014.
44. DISTRITO FEDERAL. Décima quarta Vara Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal e Territórios. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Sentença. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. 1º de dezembro de 2010b. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
45. FOX, René C. Towards an ethics of iatrogenesis. In: MELO, Paulo Zagalo e (Coord.) *The Fulbright Brainstorms on Bioethics – Bioethics Frontiers and New Challenges*. Cascais: Principia, 2006.
46. FRANÇA, Genival Veloso de. Comentário ao Código de Ética Médica. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.
47. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III.
48. GOMES, Rui Kleber Costa. *Responsabilidade civil do médico no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Pillares, 2004.
49. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
50. KFOURI NETO, Miguel. A conduta culposa do médico: negligência, imperícia e imprudência. In: NEVES, Nedy (Org.). *A medicina para além das normas – Reflexões sobre o novo Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2010, p. 215-228.
51. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
52. MARTIN, Leonardo Michael. O Erro Médico e a Má Prática nos Códigos Brasileiros de Ética Médica. *Revista Bioética*, Brasília, v.2, n.2, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/462/345>. Acesso em: 13 Ago. 2014.
53. MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.

54. NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de direito penal: parte geral: parte especial. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
55. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial*, arts. 121 a 249. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a.
56. *Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial*, arts. 250 a 359-H. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b.
57. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
58. SÃO PAULO. *Lei Estadual nº. 10.241, de 17 de março de 2009*. Dispõe sobre direitos dos usuários de serviços de saúde. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=LeisProjetosIntegra&id=7>>. Acesso em: 04 ago. 2013.
59. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação cível nº. 542.986.416/6. Relatora: Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em: 22 jul. 2012.
60. SCHAEFER, Fernanda. Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico. Curitiba: Juruá, 2011.
61. SCHREIBER, Simone. Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico. *JusNavigandi*, set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7271/reflexoes-acerca-da-responsabilidade-penal-do-medico>>. Acesso em: 07 ago. 2014.
62. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexo causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-35. Série GV-law.
63. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 8, p. 181-207.
64. THEODORO JR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 6, p. 111-132.
65. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
66. WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 18, p. 144-162, abr./jun. 2004.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO EN CUBA. EJEMPLO PRÁCTICO: PROCEDIMIENTOS CON FALLECIDOS

HÉCTOR BARREIRO RAMOS

Especialista de II grado en Medicina Legal
Profesor auxiliar de la Universidad de Ciencias Médicas de La Habana

LÉRIDA BARREIRO PEÑARANDA

Especialista de I Grado en Imagenología
Profesora asistente de la Universidad de Ciencias Médicas de La Habana

JANET GONZÁLEZ MEDINA

Especialista de I grado de Medicina Legal. ms. Criminológicas
Profesora Instructora de la Universidad de Ciencias Médicas de La Habana



1. INTRODUCCIÓN

Cada vez más la medicina va adquiriendo un mayor perfeccionamiento técnico, suficiente para ofrecer grandes posibilidades diagnósticas y asistenciales, con lo cual surge necesariamente una responsabilidad profesional del médico (RPM) más rigurosa. Una de las profesiones más vinculadas con la ley es la medicina, y es, a la vez, la más difícil de ejercer desde el punto de vista legal, pues su ejercicio está expuesto a la valoración social de sus resultados. Esta vinculación con la ley es además una de las más antiguas que existen, basta recordar el código de Hammurabi, rey de Babilonia (1739-1685 a.C), donde se recogían aspectos de responsabilidad médica. El ejercicio de la profesión médica exige la observación no solo de las disposiciones de carácter general de su actividad, sino que debe cumplir un conjunto de normas jurídicas, técnicas y metodológicas de carácter específico del ejercicio de la medicina. El médico en su proceder asume no

solo una elevada responsabilidad ética y social, sino también una insoslayable responsabilidad legal. La medicina está indisolublemente ligada al derecho, por cuanto la vida y la salud de los ciudadanos son protegidas por ley, y ejercer un acto médico inadecuado trae consigo una responsabilidad jurídica. Los objetivos del presente trabajo son brindar en un único documento todos los basamentos medicolegales y complementar los conocimientos de los médicos de asistencia en estos temas.

2. DESARROLLO

Haremos primero una incursión general en la RPM y luego abordaremos los aspectos específicos del actuar con los fallecidos. Comenzaremos definiendo la RPM y con fines didácticos la desglosaremos por partes. El diccionario de la real academia española da como primera acepción del término *Responsabilidad*, la de deuda,

obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otro, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal¹. El diccionario *Larousse* señala que la responsabilidad es la obligación de la que es responsable éste, el que está obligado a responder por ciertos actos². Como se aprecia, su sentido es retributivo, es decir, para pagar o retribuir a alguien por ciertos delitos o faltas.



La palabra *Profesional* ofrece pocas dudas, pues el ya citado diccionario *Larousse*, señala que es el que pertenece a un oficio o empleo. No obstante, en nuestro país el uso ha sancionado el término como al graduado de enseñanza universitaria (capacidad científica), y que como tal se inscribe en el registro nacional de profesionales (capacidad legal). Son precisamente estas condiciones las que convierten a un médico en un profesional apto para ejercer la medicina, con la cual surge su *Responsabilidad Profesional*, como obligación de responder por los daños ocasionados en este ejercicio. Pero también el médico al graduarse hace un juramento que es su compromiso moral, y asume, por tanto, una *Responsabilidad Moral* no menos importante, pero que no vamos a tratar con toda la profundidad que merece por no ser objeto de este trabajo.

La RPM tiene una gran relación con los procedimientos médico-legales, definidos como las reglas y formas de conducta de la actuación del médico pautadas por leyes, reglamentos o costumbres³. Es por esto que constituyen su basamento legal, moral y laboral, y que por tanto dividen esquemáticamente la RPM en estas tres y lo

decimos así, porque en la realidad están indisolublemente ligadas:

Enumeremos los principales basamentos de la responsabilidad profesional del médico en Cuba: Principios de la ética médica⁴, Decreto ley 113⁵, Resolución ministerial 177 de 1989 sobre disciplina laboral en centros asistenciales⁶, Código civil⁷, Código penal⁸, Ley 41 de la salud pública⁹, Ley de procedimiento civil¹⁰, Ley de procedimiento penal¹¹, Resolución 139¹² y Resolución 176 del Ministerio de Salud Pública (MINSAP)¹³, Instrucción 110 del consejo de gobierno del tribunal supremo popular¹⁴, y la Resolución 110 del MINSAP¹⁵.

2.1 Responsabilidad moral

Está enmarcada, en lo fundamental, en los principios de la ética médica⁴, pudiendo decirse de manera resumida, que la mayor responsabilidad moral de todo médico es conocer, cumplir y hacer cumplir los principios de la ética médica, en relación con el paciente y sus familiares, con el resto del equipo de salud y demás trabajadores, con sus educandos y como parte de la sociedad.

Conocer bien estos principios y llevarlos a la práctica cotidiana, es la mejor profilaxis para no violarlos, pero si por cualquier causa lo hacemos, la Comisión de Ética Médica creada en la institución tiene el deber de investigar los hechos y concluir si existió o no una

La Comisión de Ética Médica creada en la institución tiene el deber de investigar los hechos y concluir si existió o no una violación de esos principios.

violación de esos principios, señalando cuál de ellos fue el violado y hasta aquí sus funciones en este aspecto.

Si la dirección del centro al leer el informe considera que la violación cometida queda dentro de este marco y no tiene

trascendencia en lo laboral, se puede hacer una reunión en el colectivo de trabajo, fundamentalmente científica y moral, con la libertad y profundidad requeridas, que permitan derivar de estas las experiencias que impidan su repetición.

2.2 Responsabilidad laboral

Los basamentos más importantes son ante todo el Decreto ley 113⁵, y la Resolución ministerial 177 de 1989 sobre disciplina laboral en centros asistenciales⁶: No obstante hay otros cuerpos legales que regulan el accionar del profesional médico en Cuba como veremos a continuación.

Por razones de espacio veremos solo los artículos más directamente relacionados con la RPM ante el paciente del Decreto Ley 113, que en su artículo 3 dice que se consideran infracciones de la disciplina laboral:

- Falsear el resultado de pruebas y exámenes médicos.
- Actuar con negligencia o indolencia manifiesta en el cumplimiento de sus contenidos y órdenes de trabajo, con alteración grave de los servicios de salud al producir lesiones graves irreversibles o la muerte de pacientes.
- No respetar el decoro, el pudor y la dignidad de los pacientes, o realizar actos graves y ostensibles contrarios a la moral.
- Maltratar a pacientes o sus familiares.
- Expedir certificados médicos, recetas médicas, dietas y dictámenes periciales no ajustados a la realidad por facilismo, superficialidad o lucro.
- Realizar en ocasión del trabajo cualquier acto que pueda ser constitutivo de delito.

No son comunes en nuestro país las quejas formales por estos procedimientos, pero la ya citada resolución ministerial 177⁶, en su artículo 4 establece un grupo de medidas

disciplinarias que si bien no son específicas para estos casos, sí dan un marco sancionador de la siguiente forma:

- La separación definitiva del sistema nacional de salud.
- La separación definitiva del centro.
- El traslado a otra plaza con pérdida de la que estuviera ocupando.
- El traslado temporal a otra plaza de menor remuneración o de condiciones laborales distintas por término de hasta 1 año, con derecho a reintegrarse a la plaza que ocupaba anteriormente.
- Suspensión del vínculo laboral por un término de hasta 30 días.
- Amonestación privada o pública.

expediente disciplinario

La forma en que se aplican estas medidas disciplinarias viene descrita en los artículos 7, 8 y 9, que en lo fundamental expresan que con la aprobación de la Comisión Representativa (director del centro asistencial, secretario general de la sección sindical, del PCC y la UJC), los primeros podrán disponer la separación provisional de esas personas de sus centros, así como proponer al Ministro de Salud Pública o al Director Provincial, según el caso, la separación definitiva del Sistema Nacional de Salud, de los trabajadores que incurran en las indisciplinas o actos a que se refieren los incisos a, b, ch, d y e del artículo 3.

También los directores de los centros asistenciales con la aprobación de la Comisión Representativa pueden aplicar el resto de las medidas contenidas en el artículo 4 sin consultar con las instancias superiores.

Igualmente, los subdirectores jefes de departamentos, jefes de servicios y demás

dirigentes de centros asistenciales pueden aplicar las medidas disciplinarias de amonestación pública o privada, traslado temporal a plazas de menor remuneración, calificación o de condiciones laborales distintas por término de hasta 30 días, sin consultar con la Comisión Representativa.

Si la medida fue impuesta por un subdirector, o jefe de departamento o servicio, debe apelar por escrito en los 10 primeros días de conocida la sanción ante el Presidente de la Comisión Representativa, en este caso el director del centro asistencial, y si no está de acuerdo con la respuesta de éste (que debe ser en los siguientes 10 días), puede entonces apelar a la Comisión Representativa Provincial o al Director Provincial (que coinciden), quien debe responder en un plazo de 20 días, y como último recurso, al Ministro, quien contestará en 30 días. Igual proceder puede usar según el nivel en que haya sido sancionado o ratificada la sanción.

El artículo 19 aclara que contra lo dispuesto o resuelto por el Ministro de Salud Pública o por la Comisión Representativa Nacional, no cabe recurso de apelación por la vía administrativa ni judicial.



En relación con la inhabilitación del profesional se verá en conformidad con lo establecido en la Ley 41 de Salud Pública en su artículo 95, cuando plantea que el Ministro de Salud Pública establece las causas y el procedimiento de inhabilitación o suspensión temporal en el ejercicio de la profesión, de aquellos que transgredan gravemente las obligaciones profesionales o éticas que deben observar.

2.3 Responsabilidad civil

En lo fundamental está contenida en el Código Civil o Ley 59 de 1987. Se deriva de la RPM al causar un daño en el que medie indisciplina laboral, y fundamentalmente está señalada en el inciso b del artículo 3 del Decreto Ley 113, cuando dice: "Actuar con negligencia o indolencia manifiesta en el cumplimiento de sus contenidos y órdenes de trabajo, con alteración grave de los servicios de salud al producir lesiones graves irreversibles o la muerte de pacientes".

La indemnización del perjuicio, que comprende prestación en dinero, gastos de curación, por el tiempo que el paciente dejó de trabajar, así como otros gastos en que incurrió él o su familia para su curación o rehabilitación.

El Código Civil señala en su artículo 82 que el que cause ilícitamente daños o perjuicios a otro está obligado a resarcirlo; el artículo 83 dispone cómo hay que resarcir estos daños, y entre sus incisos el que corresponde con la RPM es el c), que señala la indemnización del perjuicio, que según el artículo 86 comprende prestación en dinero, gastos de curación, por el tiempo que el paciente dejó de trabajar, así como otros gastos en que incurrió él o su familia para su curación o rehabilitación.

2.4 Responsabilidad penal

Está contemplada fundamentalmente por el Código Penal, pero es preciso conocer algunas premisas para comprenderla. El artículo 8 define que se considera delito toda acción u omisión socialmente peligrosa prohibida por la ley bajo conminación de una sanción penal, es decir, que el delito se puede cometer tanto por acción como por omisión, lo cual se ajusta al actuar médico, donde hay cuestiones que no debemos hacer y hacemos (acción), así

como otras que estamos obligados a hacer y no hacemos (omisión).

El artículo 9,1 recoge que el delito puede ser cometido intencionalmente o por imprudencia. Si descartamos el delito intencional, que correspondería a un delito común y no relacionado con la práctica médica, quedaría analizar esa acción u omisión socialmente peligrosa que puede cometer el médico por imprudencia. Basta señalar qué es un delito no intencional, que por lo general ocurre por no cumplir lo que está establecido en algunos de los basamentos éticos o legales ya señalados, o por no estar acorde con lo que se ha dado en llamar Ciencia Constituida, estando entonces ante un delito de imprudencia por omisión.

El delito por imprudencia adquiere la connotación de culposo en este Código, que por error no aparece, y por tanto, comprende la negligencia, la impericia, la inobservancia de reglamentos, la superficialidad, etc. Para determinar la imprudencia, entre otras cosas importantes, es preciso que el médico haya tenido la posibilidad de prever la acción u omisión socialmente peligrosa. El propio Código Penal establece el marco sancionador en este tipo de delitos por imprudencia.

Para determinar la imprudencia, es preciso que el médico haya tenido la posibilidad de prever la acción u omisión socialmente peligrosa.

Los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de 5 días a 8 años.

El artículo 48 plantea que los delitos por imprudencia se sancionan con privación de libertad de 5 días a 8 años, o con multas de 5 a 1 500 cuotas. La sanción no podrá exceder de la mitad de la establecida para cada delito en particular. El artículo 70.1 aclara que el

responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito.

El responsable penalmente lo es también civilmente por los daños y perjuicios causados por el delito.

Se recoge, por ejemplo, en el artículo, pues la sanción de ejercer una profesión, cargo u oficio puede aplicarse,..., cuando se comete el delito con abuso de su cargo o por negligencia en el cumplimiento de sus deberes. Más adelante se señala que la sanción es de 1 a 5 años, excepto cuando la sanción impuesta sea la de privación de libertad por más de 5 años. Por otro lado el artículo 146 expresa que el médico, que requerido para prestar algún auxilio relacionado con su profesión, en caso urgente y de grave peligro para la salud o vida de una persona, se abstenga de prestarlo sin causa justificada, incurre en sanción de privación de libertad de 3 meses a 1 año, o multa de 100 a 300 cuotas, o ambas.

Asimismo, el artículo 162 señala que el médico que al asistir a una persona o reconocer un cadáver nota u observa signos de lesiones externas o indicios de intoxicación, de envenenamiento o de haberse cometido cualquier delito, y no da cuenta inmediatamente a las autoridades, consignando los datos correspondientes, incurre en sanción de privación de libertad de 6 meses a 2 años, o multas de 200 a 500 cuotas.

El artículo 192 sanciona con privación de libertad de 3 a 8 años, al profesional que, autorizado para recetar o administrar drogas tóxicas o sustancias alucinógenas, hipnóticas, estupefacientes u otras de efectos similares, lo haga con fines distintos a los estrictamente terapéuticos. Como también, el artículo 195 especifica que el médico que no informe a las autoridades sanitarias competentes de los

casos de enfermedad transmisibles señaladas en los reglamentos, que conozca por razón de su profesión, incurre en sanción de privación de libertad de 3 meses a 1 año, o multa de 100 a 300 cuotas, o ambas.

En Cuba cuando un médico es acusado de un delito de homicidio o lesiones por imprudencia médica, según lo que establece la Instrucción 110 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular¹⁴, la sala que va a realizar el juicio tiene que observar si se han cumplido una serie de acciones por la Instrucción Policial y la Fiscalía de investigación minuciosa, que incluyen, entre otras, un informe pericial expedido por la Comisión Médica designada por el Director Provincial de Salud Pública, que en el caso de La Habana, radica en el Instituto de Medicina Legal, y es llamada Comisión de Responsabilidad Médica.

Antes de que un médico vaya a juicio, la Comisión de Responsabilidad Médica hará un minucioso estudio del problema, y concluirá, en primer lugar, si hubo o no un mal proceder médico y quién es el responsable.

Esto significa que antes de que un médico vaya a juicio, dicha comisión hará un minucioso estudio del problema, y concluirá, en primer lugar, si hubo o no un mal proceder médico y quién es el responsable.

3. PROCEDIMIENTOS CON FALLECIDOS. EJEMPLO PRÁCTICO

Ahora exponemos un grupo de basamentos medicolegales que directamente enmarcan la actuación del médico de asistencia (MA) ante los fallecidos:

-La Ley de procedimiento penal en su art. 142¹¹ dice que *“cuando el proceso legal tenga lugar por causa de muerte violenta o sospechosa, se procederá a la necropsia por médicos forenses”*.



-La Ley 41 de salud pública del 1983⁹, establece en su artículo 43: *“..., la necropsia clínica se realiza en las unidades del sistema nacional de salud pública para confirmar o conocer las causas de la muerte con fines científicos. La necropsia, cuando se trate de actuación médico legal se realiza por disposición de la autoridad competente en los procedimientos judiciales”*.

-La Resolución 59/90¹⁶ indica en su Art. 3: *“Toda institución de salud queda obligada a remitir a medicina legal el cadáver de los fallecidos extranjeros que haya asistido...”*

-El Art. 162 del código penal⁸ es más específico cuando establece: *“El médico que al asistir a una persona o reconocer un cadáver nota u observa signos de lesiones externas por violencia o indicio de intoxicación, de envenenamiento o de haberse cometido cualquier delito y no da cuenta inmediatamente a las autoridades consignando los datos correspondientes, incurre en sanción de privación de libertad de seis meses a dos años o multas de doscientas a quinientas cuotas...”*

Pese a lo anterior, y a que todo está establecido administrativa y legalmente para que no existan errores, no obstante la realidad es otra, avalada por trabajos anteriores¹⁷, porque aunque los servicios de medicina legal están designados para la

atención de las muertes de interés judicial, muchas veces se remiten a ellos fallecidos que no les corresponden, lo que genera demoras innecesarias, gastos extras y otras dificultades,

3.1 Un ejemplo común

Al policlínico llevan a un adulto mayor de 60 a 70 años que estando en la parada del ómnibus sufrió un desmayo, llaman al médico de guardia y fallece a los pocos minutos mientras lo atienden, entonces éste decide llamar a medicina legal para que se hagan cargo del caso. Allí se le explica que se trabaja solo a solicitud de la policía, que deben reportar el caso a ella y es así como se genera un mecanismo de demoras, gastos extras y otras dificultades propias de un proceso de investigación policial y todo por no actuar de acuerdo a lo establecido por los procedimientos médico-legales y la lógica científica.

El hecho de fallecer en el cuerpo de guardia, o llegar fallecido a él y no conocer al paciente, no significa que sea un caso de interés policial.

Como veremos más adelante, el hecho de fallecer en el cuerpo de guardia o llegar fallecido a él y no conocer al paciente, no significa que sea un caso de interés policial. En

También sucede con cierta regularidad, que el médico de asistencia (MA) confunde signos patológicos con signos de violencia.

este caso debió revisar su ropa en busca de identificación, llamar a sus familiares y averiguar con estos sus padecimientos y luego confeccionar el certificado médico de defunción si tenía suficientes elementos, o realizar la autopsia clínica en busca de las causas de la muerte. También sucede con cierta regularidad, que el médico de asistencia (MA) confunde signos patológicos con signos

de violencia, todos sabemos que si la muerte sorprende a una persona de pie, no se queda de pie al morir, sino que cae y al caer lógicamente se puede producir un trauma, pero éste no es capaz por sí solo de explicar la muerte.



Hemos recibido en el Instituto de Medicina Legal de la Habana y en otros servicios de medicina legal de provincias, innumerables casos de ancianos que han fallecido en estas circunstancias y cuando se han buscado sus antecedentes la mayoría han tenido patologías que explican fácilmente su fallecimiento y caída, además al ser autopsiados se confirma la patología y vemos que el trauma es mínimo y secundario a la caída¹⁷. En otras ocasiones los MA al no conocer al fallecido o contar con pocos antecedentes plantean que puede tratarse de un envenenamiento sin fundamento legal ni científico, olvidando que las intoxicaciones también tienen sus antecedentes, cuadros clínicos y demás elementos de cualquier patología o hecho médico.

La Resolución 9 de 1992 del MINSAP, *Manipulación de cadáveres y restos humanos*¹⁸ es más específica en todas estas actuaciones, ya que se establecen no solamente una serie de conceptos como los de muerte natural, violenta y sospechosa, sino además el procedimiento que corresponde a cada una de ellas. Capítulo importante de esta resolución es el que esclarece los procedimientos a seguir con los fallecidos dentro de las unidades asistenciales, en el cuerpo de guardia, en el traslado hacia el mismo o si

fallece fuera de las instituciones de salud, tanto si se trata de muerte violenta o natural.

En caso de muerte natural, el médico de asistencia confeccionará el certificado médico de defunción, con o sin la práctica de la necropsia clínica, y en casos de muertes violentas o sospechas, se debe avisar a la policía.

En resumen lo que establece es que, en caso de muerte natural, el médico de asistencia confeccionará el certificado médico de defunción con o sin la práctica de la necropsia clínica, y en casos de muertes violentas o sospechas, se debe avisar a la policía.

Los basamentos legales de la certificación de la muerte son los siguientes:

- Código civil⁷ artículo 26-1: “..., la determinación de la muerte de la persona natural y su certificación se hace por el personal facultativo autorizado, conforme a las regulaciones establecidas por el organismo competente”.
- Resolución ministerial 90 del 2001. Inciso cuarto¹⁹ : “La certificación de la muerte corresponde a quien la diagnostica y evaluado el caso, procederá a expedir el certificado de defunción,...”.

Como se aprecia todo está establecido desde lo administrativo a lo legal, pero aún hay algunas muertes como la *imprevista o súbita* que los médicos confunden con la *sospechosa*, lo cual no debe ocurrir ya que la muerte imprevista como definiera Lancís “es aquella que ocurre en un individuo aparentemente sano en un período corto de tiempo y que obedece siempre a causas naturales”²⁰, a la cual haríamos una aclaración: no diagnosticadas en vida.

La *muerte sospechosa* es aquella en la que hay una presunción de un delito de homicidio o de

responsabilidad penal.^{11,20} Y para finalizar decir que en no pocas ocasiones, algunos médicos no hacen distinción entre muerte imprevista y repentina lo cual no es lo mismo, pues entendemos como *muerte repentina* aquella que ocurre en una persona enferma, en un momento en que no se esperaba.^{21,22}

Diversos trabajos han demostrado además, falta de correlación clínico patológica y otras cuestiones relacionadas con los procedimientos médico-legales, sobre todo en la calidad de la confección del certificado médico de defunción, y sobre todo en la secuencia de las causas de la muerte^{19,22,23,24,25,26,27,28}.

El médico debe saber distinguir perfectamente entre muerte imprevista, muerte repentina y muerte sospechosa.

3.2 Reglamento general de policlínicos²⁹

Artículo 85 el policlínico, a través de sus médicos, brinda el servicio de reconocimiento y expedición de certificado de defunción en caso de muerte natural.

Artículo 86 en los casos de muerte violenta o sospechosa de criminalidad, el médico que conozca de ésta, orienta a quienes corresponda formular la denuncia ante la autoridad competente, para que se solicite la atención del médico especializado

Artículo 87 cuando se trate de muertes accidentales o suicidio y en base a las condiciones reales del lugar que así lo aconsejen, el médico del policlínico accederá a la solicitud de la autoridad judicial competente para realizar el levantamiento del cadáver e incluso la expedición del certificado médico de defunción, si las circunstancias del

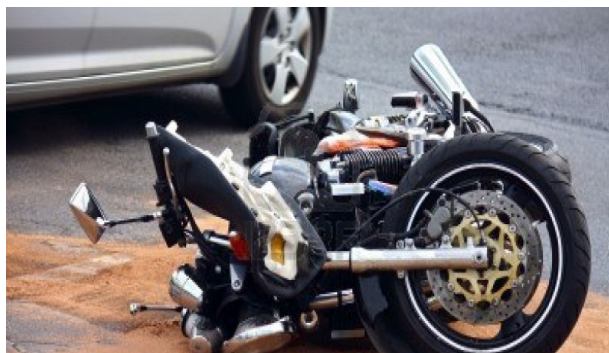
hecho no obligan a presentar responsabilidades en el orden judicial.

Este último artículo, merece un comentario aparte, ante todo lo consideramos avanzado porque es el único brinda la posibilidad de viabilizar este tipo de casos que antes obligatoriamente pasaban por el mecanismo complejo de una necropsia a solicitud de la policía.

3.3 Ejemplos que se nos han presentado

-Adulto de 56 años con antecedentes psiquiátricos que vivía solo y es detectado por un vecino ahorcado en su cuarto, se llama a la policía, fuerzan la entrada y los criminalistas encuentran una nota suicida en la mesita de noche y demás elementos que indican el suicidio, el investigador solicita la presencia del médico de familia y autoriza se extienda el CMD.

-Adulto joven de 24 años que conduciendo su moto choca con el separador central y muere



en el hospital minutos después, al realizar las investigaciones se conoció que había salido de una fiesta en estado de embriaguez y pese a la advertencia de amigos salió a gran velocidad con su moto, al estudiar el lugar e interrogar a los testigos no se encuentra otro culpable que él mismo, por lo cual el investigador decide a solicitud de la propia familia no trasladarlo a Medicina Legal ni realizar la necropsia.

Por último y como medida de prevención para no cometer faltas que conlleven a una

responsabilidad profesional médica, brindamos una guía de actuación ante los diversos casos que se presentan con más regularidad.

4. GUÍA DE ACTUACIÓN CON FALLECIDOS

4.1 Actuación en casos de muerte natural o patológica

Existen dos grandes grupos de fallecidos, los que tienen un interés policial o jurídico, es decir, las muertes violentas (suicidio, accidente y homicidio) o sospechosas de serlo y las que no lo tienen (muerte natural o patológicas):

4.1.1 Muerte en Institución de salud con departamento de anatomía patológica

El médico es avisado por la enfermera para confirmar la muerte de un paciente ingresado por una muerte natural, debe personarse en el lugar y diagnosticarla y solicitar de la familia la autorización para la práctica de la necropsia y confeccionar el certificado de defunción después de conocer los hallazgos macroscópicos de la misma, (lo ideal es que esté presente en la autopsia) si esto no es posible, confeccionarlo con las causas presumibles y luego realizar el reparo de no haber correlación cuando llegue el informe de anatomía patológica.

4.1.2 Muerte en Institución de salud sin departamento de anatomía patológica

El médico puede extender el certificado de defunción sin la práctica de la necropsia en las muertes naturales, previa consulta con los familiares (por si estos tuvieran alguna duda o queja) y si entiende necesario la necropsia debe solicitarla al hospital base con un documento donde consten los siguientes datos:

- Nombre de la institución médica que remite.

- Dirigido al jefe de anatomía patológica o director del hospital.
- Generales del fallecido.
- Motivo de remisión.
- Impresión diagnóstica al ingreso y egreso.
- Una síntesis de su evolución y tiempo de estadía.
- Tratamiento fundamental.
- Criterio del médico de asistencia sobre las complicaciones y causas de la muerte.
- Nombre del médico, número de registro profesional, firma y cuño.



Por lo general, en *motivo de remisión* el médico puede plasmar, *por no conocer los antecedentes y causas de la muerte, por solicitud familiar y otras*.

Confeccionar el certificado de defunción plasmando una sola causa de muerte en la primera línea o causa directa que diga: *no confirmada clínicamente* y en el resto de las líneas pasar una raya. Este certificado debe asentarse en admisión antes de su envío al hospital base. Admisión llamará a la funeraria donde se va a velar o incinerar el cadáver para que vengan a recogerlo, entregando al carrero tres documentos, la remisión al hospital, la historia clínica y el certificado de defunción.

4.1.3 En el consultorio

Habitualmente se solicita su presencia para confirmar si una persona está fallecida en un lugar, debe personarse en el mismo y

determinar si se trata de un fallecido o no, de diagnosticar la muerte debe:

1. Preguntar a familiares y vecinos sobre los antecedentes patológicos personales o familiares del fallecido.
2. Indagar acerca de los días u horas previas a la muerte y el cuadro clínico de la misma.
3. Desvestir completamente al fallecido para el examen.
4. Buscar signos patológicos en el cadáver que relacionen los antecedentes o el cuadro clínico de la muerte con ellos.
5. Si cuenta con elementos suficientes que le permiten obviar la necropsia, confecciona el CMD y se lo entrega al familiar para que lo lleve al policlínico, donde se asienta en admisión y se le entrega la parte que le corresponde para que vaya a la funeraria donde atenderán a su fallecido.
6. De necesitar su remisión para necropsia, debe realizar iguales pasos que una institución médica que no cuenta con departamento de anatomía patológica, pero en este caso entregar al familiar el CMD para asentarlos en admisión del policlínico y la remisión al hospital base, para que la entregue en la funeraria junto con la parte del CMD que le corresponde.

4.1.4 Errores frecuentes

- ✓ No preguntar a familiares y vecinos sobre los antecedentes patológicos personales o familiares del fallecido.
- ✓ No indagar acerca de los días u horas previas a la muerte y el cuadro clínico de la misma.
- ✓ No desvestir completamente al fallecido para el examen.
- ✓ No buscar signos patológicos en el cadáver que relacionen los antecedentes o el cuadro clínico de la muerte con ellos.

- ✓ Creer que cuando no se conocen los antecedentes se trata de un caso médicolegal.

Errores Comunes



- ✓ Pensar que si no se conoce la identidad del fallecido se trata de un caso médicolegal.
- ✓ Creer que fallecer fuera del hogar o de un servicio de salud es de interés policial.
- ✓ Considerar que no tiene que actuar, si el paciente llegó fallecido o murió poco después de su llegada a la unidad médica.

4.2 Actuación en casos de muertes violentas

4.2.1 Individuos que lleguen fallecidos o fallezcan en una institución de salud

En estos casos se avisa a admisión para que comunique al puesto de mando de la instrucción policial del fallecimiento, luego confeccionar el modelo de remisión a medicina legal (modelo 50-18), que consta de los siguientes aspectos o partes.

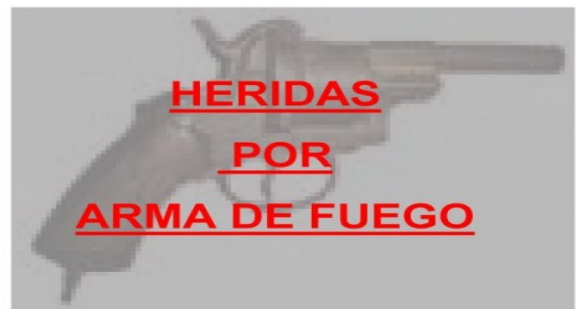
- Nombre de la institución médica que remite.
- Generales del fallecido (edad, sexo, estado conyugal, ocupación, dirección).
- Hora y fecha del ingreso y egreso.
- Cuadro clínico al ingreso (fallecido, en coma, en shock, etc.).
- Resultado de las investigaciones que contribuyeron al diagnóstico.
- Descripción de los signos de violencia y otros.
- Tratamiento y medidas de urgencia tomadas.

- Si fue operado lesiones y otras alteraciones encontradas.
- Hora y lugar de fallecimiento (cuerpo de guardia, salón de operaciones, postoperatorio, sala, etc.).
- Impresión del médico sobre las complicaciones y causas de la muerte.
- Motivo de remisión a Medicina Legal.
- Nombre del médico, nº de registro profesional, firma y cuño.

La micro-historia del cuerpo de guardia o la historia clínica según corresponda, debe adjuntarse al fallecido para su traslado a medicina legal. En este caso lo realiza la base de transporte de servicios comunales.

4.2.1.1 En casos de heridas por armas de fuego el médico debe especificar:

- 1) Número de heridas por arma de fuego que presenta.
- 2) Descripción detalladas de las heridas que permita deducir cuales son de entrada y salida y la distancia a que se produjeron (boca tocante, corta o larga distancia).



- 3) Localización anatómica de las heridas.
- 4) Dónde fue encontrado el proyectil (si fue operado).
- 5) Trayecto de las heridas en el cuerpo. (si fue operado)

4.2.1.2 Si se trata de heridas por arma blanca especificar:

- 1) Número de heridas que presenta.

- 2) Tipo de herida (incisa o cortante, punzante o perforante, perforo cortante, corto contusa).
- 3) Localización anatómica según región.
- 4) Dimensiones de las heridas (largo, ancho y profundidad, según planos que interese).
- 5) Trayecto de las heridas dentro del cuerpo y órganos que interesó (si fue operado).

Recordar que la ropa con que llega el herido o fallecido es de suma importancia para la investigación, por lo que dentro de lo posible no debe alterarse rompiéndola o cortándola con tijeras, no debe lavarse, no entregarla a nadie que no sea la policía.



Si hay sospecha de envenenamiento, los vómitos o contenidos de lavados gástricos deben entregarse igualmente a ésta, como también armas, proyectiles y cualquier otro elemento que sea de su interés. Si es posible, antes de iniciar transfusiones, debe tomarse una muestra de sangre de por lo menos 5ml, y conservar en frío (no en congelación) para su entrega posterior a la autoridad.

4.2.2 Individuos que fallezcan fuera de una institución de salud

En estos casos si el médico de asistencia es solicitado por la familia, no debe negarse a ir al lugar y si a su criterio se trata de una muerte violenta, ha de explicarles que deben llamar a la policía y con su autoridad científica, explicar que nada debe tocarse ni

nadie debe entrar al lugar hasta que lleguen los investigadores. Si éstos consideran que se trata de un homicidio o muerte con alguna implicación legal llaman a Medicina Legal para realizar el levantamiento de cadáver y posterior necropsia, pero si hay elementos suficientes para determinar que se trata de un suicidio o accidente sin implicación legal, como dice el art 87 del reglamento general de policlínico²⁹, se puede realizar la certificación de la muerte incluso sin mediar una autopsia.

Casi por último para más detalles sobre la RPM en Cuba en sentido general deben consultarse otros trabajos^{30, 31}

5. CONCLUSIONES

Como hemos visto durante este trabajo la responsabilidad profesional del médico en Cuba está enmarcada no solo en lo legal penal y civil, sino también en el orden administrativo laboral y moral en numerosas y detalladas leyes decretos, resoluciones etc.

Desde la atención al paciente hasta el fallecido, y esto es necesariamente así porque el medico en nuestro país tiene una gran trascendencia estatal y social, al ser gratuitos los servicios de salud y su gestión y responsabilidad va desde la emisión de una receta, la certificación de una enfermedad profesional, informe de una autopsia, hasta un dictamen pericial.

Como decíamos, en el caso particular de sus responsabilidades ante fallecidos, las quejas formales son pocas, lo que no quiere decir que estemos bien del todo, porque baste con que una familia pase por el mal momento del fallecimiento de un familiar, y encima nuestros procedimientos no sean los adecuados y generen más penas a las mismas. La prevención de esto estimamos está en continuar divulgando estas leyes, ofertando cursos de posgrado, entrenamientos y otras modalidades docentes.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21 ed. Madrid: Real Academia Española; 1992.p. 1265.
2. Del Toro, Gisbert M. Larousse Básico Escolar. La Habana: Científico Técnica; 1981:700.
3. Lancís Sánchez F. Lecciones de medicina legal. La Habana: Universitaria; 1989:8.
4. Ministerio de Salud Pública. Principios de la Ética Médica. La Habana: Editora Política; 1983.
5. Ministerio de Salud Pública. Decreto Ley 113. La Habana: MINSAP; 1989.
6. MINSAP. Resolución Ministerial 177 de 1989 Disciplina Laboral en Centros Asistenciales
7. Ministerio de justicia. Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ed. extraordinaria No. 9. 1987.
8. Ministerio de Justicia. Código Penal. La Habana: MINJUST; 1988.
9. Ley 41 de la Salud Pública Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ed. ordinaria No. 61, 1983.
10. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ed. ordinaria No. 34. 1977.
11. Ministerio de Justicia. Ley de Procedimiento Penal. Vol. 13. La Habana: Orbe; 1979.
12. Ministerio de Salud Pública. Resolución 139. La Habana: MINSAP; 1982.
13. Ministerio de Justicia. Resolución 176. La Habana: MINJUST; 1990.
14. Tribunal Supremo Popular. Instrucción 110. La Habana: MINJUST; 1983
15. MINSAP Resolución 59 de 1990
16. Ministerio de Salud Pública. Resolución 110. La Habana: MINSAP; 1997.
17. Barreiro Ramos H. Calidad de las remisiones en un servicio de medicina legal. Rev. Cub. MGI. Vol.20 (5-6); 2004.
18. MINSAP. Resolución 9 de 1992. La Habana. manipulación de cadáveres y restos humanos
19. MINSAP. Resolución no. 90 del año 2001.
20. Lancís Sánchez, F. Lecciones de Medicina Legal. La Habana: Pueblo y Educación; 1986: 47.
21. Lancís Sánchez, F. Medicina Legal. La Habana: Ecimed; 1999:71.
22. Gisbert Calabuig J. A. Medicina Legal y Toxicología. 5ta Ed. Barcelona: Masson; 1998: 21-22.
23. Barreiro Ramos H. Como confeccionar el certificado de defunción del adulto. Rev. MED. Gral. Int. Vol. 4(1), 1988.
24. Armas Rojas et al. Diferencias entre la consignación de las causas de muerte del certificado de defunción y los informes necrópsicos. Rev. Cub. Salud Pública Vol. (1), 1998.
25. OPS. Clasificación Estadística Internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud Vol. 2. Publicación Científica No. 554 Washington, DC, 1995: 30-68.
26. Rodes Teixidor J. et al. Medicina Interna Tomo 1. Barcelona:Masson, S.A. 1997: 1959-60

27. Nieto Lluís M y Gran Álvarez M. Instrucciones para el llenado correcto del Certificado de Defunción. Rev. Med. Gral. Int. Vol. 4 (4). Oct-Dic, 1988: 98-108.
28. Barreiro Ramos H Lo esencial del nuevo certificado médico de defunción del adulto Rev Cub MGI Vol.18 (4) La Habana jul.-ago. 2002
29. MINSAP. Reglamento general de policlínicos.
30. Barreiro Ramos H La responsabilidad profesional del médico. Rev Cub MGI 2005; 21(1-2)
31. Barreiro Ramos H Principales bases legales relacionadas con la expedición y uso de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias tóxicas en Cuba. Rev Cub MGI 2006; 22(2)

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LAS COMPAÑÍAS DE ASISTENCIA SANITARIA

1. Responsabilidad de las aseguradoras (pág. 2)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 699/2010 de 4 de noviembre
(RJ 2010/7988).
2. Unidad culpa civil, responsabilidad contractual y extracontractual (pág. 4)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 251/014 de 30 de mayo
(RJ 2014/187514).
3. Responsabilidad contractual y extracontractual, unidad culpa civil, prioridad de la responsabilidad contractual (pág. 4).
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 607/2010 de 7 de octubre
(RJ 2010/7314).
4. Responsabilidad contractual y extracontractual, relación contractual de la aseguradora con el asegurado, responsabilidad extracontractual, si acaso, con los profesionales sanitarios: concurso de acciones: opción del demandante: prescripción de la acción ejercitada (pág. 7)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1210/2008 de 19 de diciembre
(RJ 2009/536).
5. Responsabilidad contractual de la aseguradora, artículo 105 LCS, principio de apariencia (pág. 8)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 948/2011 de 16 de enero
(RJ 2012/1784).
6. Daño desproporcionado, *lexartis*, nexo causal, deficiencias asistenciales (pág. 10)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 546/2007 de 23 de mayo
(RJ 2007/3273).
7. Obligación de medios, *lexartis*, criterio de imputación: la culpa, daño desproporcionado, nexo causal (pág. 10, pág. 12)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 508/2008 de 10 de junio
(RJ 2008/4246).
8. Consentimiento informado (pág. 10-11)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 226/2014 de 9 de mayo
(RJ 2014/2716).
9. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 199/2013 de 11 de abril
(RJ 2013/3384).
10. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 340/2011 de 20 de mayo
(RJ 2011/3982).

11. Consentimiento informado, daños, daños morales (pág. 11)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 101/2011 de 4 de marzo (RJ 2011/2633).
12. Deficiencias asistenciales, baremo (pág. 11)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 173/2012 de 30 de marzo (RJ 2012/4529).
13. Responsabilidad extracontractual, *culpa in eligendo*, daño desproporcionado, responsabilidad contractual, juicio de diligencia: *lexartis*, consumidores (pág. 12)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 12/2009 de 23 de enero (RJ 2009/1271).
14. Reproche culpabilístico, daño desproporcionado, consumidores (pág. 12, pág. 14)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 694/2010 de 29 de octubre (RJ 2010/7617).
15. Nexo causal, cuantificación del daño, baremo (pág. 13)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 483/2010 de 13 de julio (RJ 2010/6038).
16. Teoría del riesgo, baremo (pág. 13)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 64/2011 de 9 de febrero (RJ 2011/1822).
17. Daño desproporcionado, baremo (pág. 14, pág. 17)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 284/2014 de 6 de junio (RJ 2014/3395).
18. Daño desproporcionado (pág. 15)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1155/2007 de 19 de octubre (RJ 2007/7398).
19. Daños morales (pág. 15)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 906/2011 de 30 de noviembre (RJ 2011/3514).
20. Principio de indemnidad de la víctima (pág. 15)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 581/2006 de 13 de junio (RJ 2006/3129).
21. Principio de indemnidad de la víctima, reparación íntegra del daño, baremo (pág. 16)

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 1250/2006 de 27 de noviembre (RJ 2006/9199).
22. Daños, daños morales, resarcimiento, principio de indemnidad, casación (pág. 16)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 58/2006 de 10 de febrero (RJ 2006/674).
23. Reparación íntegra del daño, principio de indemnidad, baremo (pág. 16)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 680/2008 de 2 de julio (RJ 2008/4276).
24. Baremo (pág. 16)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 776/2013 de 16 de diciembre (RJ 2013/7842)
25. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 403/2013 de 18 de junio (RJ 2013/4376).
26. Responsabilidad contractual y extracontractual, unidad de culpa civil, prescripción 5 años (pág. 18)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 488/2012 de 17 de julio (RJ 2012/8027).
27. Prescripción 5 años, recurso de Caser(pág. 18)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 480/2013 de 19 de julio (RJ 2013/5003).
28. Interrupción de la prescripción, solidaridad impropia, día inicial (pág. 18)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 545/2011 de 18 de julio (RJ 2011/6123).
29. Cómputo del plazo de prescripción, actuaciones penales (pág. 18)
España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 652/2009 de 1 de octubre (RJ 2009/4600).
30. Responsabilidad de las aseguradoras, responsabilidad contractual y extracontractual, *culpa in eligendo*, intereses del artículo 20 LCS (pág. 19).
31. España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Sentencia núm. 438/2009 de 4 de junio (RJ 2009/3380).

ASPECTOS LEGALES Y JURÍDICOS SOBRE CONSERVACIÓN DE CÉLULAS MADRE PROCEDENTES DE SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL

1. PALACIOS M. Bancos de cordón umbilical. Círculo Rojo.Gijón 2011.
2. MATESANZ R. El Milagro de los trasplantes de la donación de órganos a las células madre.La esfera de los libros 2006.
3. BUENO I TORRENS D. Organos a la carta.Publicacions i edicions de la Universitat de Barcelona 2007.
4. MATESANZ R. Sangre de Cordón umbilical.Utilidad ,Almacenamiento y uso.Presentación al Comité de Bioética de España el 13/09/2010.
5. LARIOS RISCO D. Donación y uso privativo de la sangre de cordón umbilical:Aspectos jurídicos.
6. DE LORENZO R. Bancos de sangre de cordón Umbilical.Titularidad o derecho de propiedad de la sangre de cordón umbilical.Presentación al Comité de Bioética de España.13/09/2010 Madrid.
7. Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical. Versión aprobada por la subcomisión de TPH y por la comisión de trasplantes del Consejo Interterritoria.Marzo 2008.
8. JORQUI AZOFRA M. Reflexión ético-jurídica sobre la donación y uso privativo de la sangre de cordón umbilical.
9. PÁEZ ARES T. Bancos y depósitos de sangre del cordón umbilical a la luz de la legislación española. Publicaciones.
10. AZNAR.J.Informe del Centro Observatorio de Bioética de la Universidad Católica de Valencia y Generalitat Valenciana.
11. Real Decreto 1301/2006 de 10 de Noviembre .Por el que se establecen las normas de calidad seguridad para la donación, la obtención, la evaluación,el procesamiento,la preservación,el almacenamiento y la distribución de células de tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.
12. TC Auto num 258/2007 de 23 de Mayo.
13. Constitución Española de 1978.
14. Informe sobre los bancos de sangre y tejido de cordón umbilical y placenta.Lisboa 31 de Octubre de 2012.
15. Organización Nacional de Trasplantes:www.ont.es.
16. Comité de Bioética de España, consultado en Septiembre de 2013.
17. Registro Español de Donantes de Médula Osea,REDMO.
18. Página web:http://www.fcarreras.org; consultada en Junio 2013.

19. Página web:<http://www.sevibe.es>; consultada en Junio de 2013.
20. Página web:<http://www.vidacord.es>; consultada en Junio de 2013.
21. Página web:<http://www.crio-cord.es>; consultada en Junio de 2013.
22. Página web:<http://www.bancodecordonivida.com>; consultada en Junio de 2013.
23. Página web;<http://www.bioteca.es>; consultada en septiembre de 2013.
24. Westlaw Insignis.
25. Blog derecho sanitario.
26. Blog derecho y bioética.

NOÇÕES SOBRE A DISCIPLINA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE MÉDICA NO BRASIL

1. AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 7, p. 133-180.
2. ALMEIDA, Antonio Jackson Thomazella de. A ortotanásia e a lacuna legislativa. In: AZEVEDO, Álvaro Villaça; LIGIERA, Wilson Ricardo (Coord.). *Direitos do paciente*. São Paulo: Saraiva, 2012.
3. AZI, Camila Lemos. *Responsabilidade civil por erro médico no direito brasileiro*. 2000. 99 f. Monografia (Graduação) – Direito. Universidade Salvador – UNIFACS, Salvador, 2000.
4. BITENCOURT, Almir Galvão Vieira et al. Análise do erro médico em processos ético-profissionais: implicações na educação médica. *Revista Brasileira de Educação Médica*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 3, set./dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022007000300004>. Acesso em: 14 ago. 2014.
5. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, 2: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012a.
6. *Tratado de Direito Penal*, 4: parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012b.
7. BLANCARTE, Roberto. Laicidad: la construcción de un concepto de validez universal In: COSTA, Nestor da. *Laicidad en América Latina y Europa: repensando lo religioso entre lo público y lo privado en el siglo XXI*. Montevideo: CLAEH, 2006.
8. BRASIL. Comissão Temporária de Estudo da Reforma do Código Penal. Minuta do Relatório Final, de 10 de dezembro de 2013a. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=142748&tp=1>>. Acesso em: 12 ago. 2014.
9. Conselho Federal de Medicina. *Código de ética médica*: Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009a. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. Disponível em: <http://www.cremers.org.br/pdf/codigodeetica/codigo_etica.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2014.
10. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.621, de 06 de junho de 2001*. Disponível em: <http://www.bioetica.org.br/legislacao/res_par/integra/1621_01.php>. Acesso em: 14 ago. 2014.
11. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM nº 1.805, de 28 de novembro de 2006a. *Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal*. Disponível em:

- <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 14 ago. 2014.
12. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 1.995, de 31 de agosto de 2012a*. Dispõe sobre as diretivas antecipadas de vontade dos pacientes. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
 13. Conselho Federal de Medicina. *Resolução CFM nº 2.023, de 28 de agosto de 2013b*. Aprova as normas processuais que regulamentam as sindicâncias, processos ético-profissionais e o rito dos julgamentos nos Conselhos Federal e Regionais de Medicina. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2023_2013.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
 14. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
 15. *Decreto-lei nº. 2.848, de 07 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
 16. *Decreto-lei nº. 3.688, de 03 de outubro de 1941*. Lei de Contravenções Penais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3688.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
 17. *Lei nº 10.046, de 10 de janeiro de 2002*. [Código Civil]. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 27 ago. 2014.
 18. *Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957*. [Lei Orgânica da Saúde]. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3268.htm>. Acesso em: 27 ago. 2014.
 19. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990a*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
 20. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990b*. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências [Código de Defesa do Consumidor]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm>. Acesso em: 12 ago. 2014.
 21. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Atenção Humanizada ao Abortamento*: norma técnica. Brasília: Ministério da Saúde, 2010a.
 22. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. Área Técnica de Saúde da Mulher. *Prevenção e Tratamento dos Agravos Resultantes*

da Violência Sexual contra Mulheres e Adolescentes: norma técnica. 3. ed. atual. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2012b.

23. Ministério Público Federal. Procuradoria da República em Goiás. Ação civil pública com pedido de antecipação de tutela liminar. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Procurador da República: Ailton Benedito de Souza. Goiânia, 21 de janeiro de 2013c. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/inicial%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
24. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Decisão. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Jesus Crisóstomo de Almeida. Goiânia, 14 de março de 2013d. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/decisao%20liminar.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
25. Primeira Vara Federal. Seção Judiciária do Estado de Goiás. Tribunal Regional Federal. (1. Região). Sentença. Processo nº 1039-86.2013.4.01.3500. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Eduardo Pereira da Silva. Goiânia, 21 de fevereiro de 2014a. Disponível em: <http://www.testamentovital.com.br/sistema/arquivos_legislacao/senten%C3%A7a%20ACP%20testamento%20vital.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
26. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado nº 236 de 2012c*. Anteprojeto de Código Penal. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/material/detalhes.asp?p_cod_mate=106404>. Acesso em: 12 ago. 2014.
27. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 220.120-SP (2011/0232558-3) Impetrante: José Francisco Galindo Medina. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relatora: Ministro Marco Aurélio Bellizze. Brasília, DF, 02 de agosto de 2012. Disponível em: <BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº. 26.414-RJ (2009/0136399-2) Recorrente: Lucimar Nascimento da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 19 de novembro de 2012d. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=194530&num_registro=200901363992&data=20121126&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.>. Acesso em: 10 ago. 2014.
28. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus nº. 26.414-RJ (2009/0136399-2)* Recorrente: Lucimar Nascimento da Silva. Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF, 19 de novembro de 2012e. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

- 1194530&num_registro=200901363992&data=20121126&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.
29. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.145.728-MG* (2009/0118263-2) Recorrente: Maternidade Octaviano Neves S/A. Recorrido: Valéria Mendes Spagnol Ferreira e outros. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF, 28 de junho de 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1014085&sReg=00901182632&sData=20110908&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.
30. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 1.388.822-RN* (2012/0055646-4) Recorrente: União. Recorrido: Maria Ione de Azevedo. Relator: Ministro Benedito Gonçalves. Brasília, DF, 16 de junho de 2014b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1257958&num_registro=201200556464&data=20140701&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.
31. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 774.963-RJ* (2005/0137527-1) Recorrente: Luiz Fernando Pinho do Amaral e outro; Santa Casa da Misericórdia do Rio de Janeiro. Recorrido: Cecília Marques de Souza. Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti. Brasília, DF, 06 de dezembro de 2012f. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=1200987&sReg=200501375271&sData=20130307&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.
32. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 908.359-SC* (2006/0256989-8) Recorrente: Hospital e Maternidade São Lourenço Ltda. Recorrido: Maria de Lourdes Amândio Machado. Relator: Ministro João Otávio Noronha. Brasília, DF, 27 de agosto de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=766053&num_registro=200602569898&data=20081217&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.
33. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº. 992.265-RS* (2007/0230118-1) Recorrente: União. Recorrido: Luzia de Souza Russo. Relatora: Ministra Denise Arruda. Brasília, DF, 16 de junho de 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sSeq=893403&sReg=200702301181&sData=20090805&formato=PDF>. Acesso em: 10 ago. 2014.
34. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº. 327.904-SP*. Recorrente: Associação de Caridade Santa Casa de Misericórdia de Assis. Recorrido: José Santilli Sobrinho. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, DF, 15 de agosto de 2006b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=260882>>. Acesso em: 10 ago. 2014.
35. CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 1.
36. CARVALHO, José Carlos Maldonado de. *latrogenia e erro médico sob o enfoque da responsabilidade civil*. 2. ed. rev. aum. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

37. CAVAGNA NETO, M.; DREZETT, J.; GALLI, B. Aborto e Objeção de Consciência. *Revista Ciência e Cultura*, São Paulo, v. 64, n. 2, p. 32-35, 2012. Disponível em: <<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v64n2/a14v64n2.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2014.
38. CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
39. CONSTANTINO, Clóvis Francisco. Julgamento ético do médico: reflexão sobre culpa, nexos de causalidade e dano. *Revista Bioética*, Brasília, v. 16, n. 1, jul. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/58/61>. Acesso em: 13 Ago. 2014.
40. COUTO FILHO, Antonio Ferreira; SOUZA, Alex Pereira. *A improcedência no suposto erro médico: obrigações de meio e de resultado?* 2. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
41. DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. *Revista Bioética*, Brasília, v. 21, n.1, abr. 2013a. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/791/861>. Acesso em: 10 ago. 2013.
42. *Testamento Vital*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013b.
43. DINIZ, Débora. Objeção de consciência e aborto: direitos e deveres dos médicos na saúde pública. *Revista Saúde Pública*, São Paulo, v. 45, n. 5, 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S003489102011000500021&script=sci_arttext>. Acesso em: 13 ago. 2014.
44. DISTRITO FEDERAL. Décima quarta Vara Federal. Seção Judiciária do Distrito Federal e Territórios. Tribunal Regional Federal. Região, 1. Sentença. Processo nº 2007.34.00.014809-3. Requerente: Ministério Público Federal. Requerido: Conselho Federal de Medicina. Juiz: Roberto Luis Luchi Demo. 1º de dezembro de 2010b. Disponível em: <http://www.jfdf.jus.br/destaques/14%20VARA_01%2012%202010.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2014.
45. FOX, René C. Towards an ethics of iatrogenesis. In: MELO, Paulo Zagalo e (Coord.) *The Fulbright Brainstorms on Bioethics – Bioethics Frontiers and New Challenges*. Cascais: Principia, 2006.
46. FRANÇA, Genival Veloso de. *Comentário ao Código de Ética Médica*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2010.
47. GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo Curso de Direito Civil – Responsabilidade civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. III.
48. GOMES, Rui Kleber Costa. *Responsabilidade civil do médico no código de defesa do consumidor*. São Paulo: Pillares, 2004.
49. GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
50. KFOURI NETO, Miguel. A conduta culposa do médico: negligência, imperícia e imprudência. In:

- NEVES, Nedy (Org.). *A medicina para além das normas – Reflexões sobre o novo Código de Ética Médica*. Brasília: CFM, 2010, p. 215-228.
51. MAGALHÃES, Teresa Ancona Lopez de. *O dano estético: responsabilidade civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.
52. MARTIN, Leonardo Michael. O Erro Médico e a Má Prática nos Códigos Brasileiros de Ética Médica. *Revista Bioética*, Brasília, v.2, n.2, nov. 2009. Disponível em: <http://revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/462/345>. Acesso em: 13 Ago. 2014.
53. MELO, Nehemias Domingos de. *Responsabilidade civil por erro médico: doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2008.
54. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte geral: parte especial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
55. PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, volume 2: parte especial, arts. 121 a 249*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010a.
56. *Curso de direito penal brasileiro, volume 3: parte especial, arts. 250 a 359-H*. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010b.
57. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.
58. SÃO PAULO. *Lei Estadual nº. 10.241, de 17 de março de 2009*. Dispõe sobre direitos dos usuários de serviços de saúde. Disponível em: <<http://www.bioetica.org.br/?siteAcao=LeisProjetosIntegra&id=7>>. Acesso em: 04 ago. 2013.
59. SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. *Apelação cível nº. 542.986.416/6*. Relatora: Desembargadora Maia da Cunha. São Paulo, 21 de fevereiro de 2008. Disponível em: <<http://esaj.tjsp.jus.br/cpo/sg/open.do>>. Acesso em: 22 jul. 2012.
60. SCHAEFER, Fernanda. *Responsabilidade civil do médico & Erro de diagnóstico*. Curitiba: Juruá, 2011.
61. SCHREIBER, Simone. Reflexões acerca da responsabilidade penal do médico. *JusNavigandi*, set. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7271/reflexoes-acerca-da-responsabilidade-penal-do-medico>>. Acesso em: 07 ago. 2014.
62. SILVA, Regina Beatriz Tavares da. Pressupostos da responsabilidade civil na área da saúde: ação, dano e nexos causal. Fundamentos da responsabilidade civil na área da saúde: culpa ou risco. A prova. In: SILVA, Regina Beatriz Tavares da (Coord.). *Responsabilidade civil: responsabilidade civil na área da saúde*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 2-35. Série GV-law.
63. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A responsabilidade civil do médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey,

2000. Cap. 8, p. 181-207.

64. THEODORO JR, Humberto. A responsabilidade civil por erro médico. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *Direito & Medicina: aspectos jurídicos da medicina*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. Cap. 6, p. 111-132.
65. VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. *Da eutanásia ao prolongamento artificial: aspectos polêmicos na disciplina jurídico penal do final de vida*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
66. WEBER, Márcia Regina Lusa Cadore. Responsabilidade civil do médico. *Revista de Direito Privado*. São Paulo, n. 18, p. 144-162, abr./jun. 2004.

ASPECTOS JURÍDICOS DE LA RESPONSABILIDAD PROFESIONAL DEL MÉDICO EN CUBA

1. Real Academia Española. Diccionario de la Lengua Española. 21 ed. Madrid: Real Academia Española; 1992.p. 1265.
2. Del Toro, Gisbert M. Larousse Básico Escolar. La Habana: Científico Técnica; 1981:700.
3. Lancís Sánchez F. Lecciones de medicina legal. La Habana: Universitaria; 1989:8.
4. Ministerio de Salud Pública. Principios de la Ética Médica. La Habana: Editora Política; 1983.
5. Ministerio de Salud Pública. Decreto Ley 113. La Habana: MINSAP; 1989.
6. MINSAP. Resolución Ministerial 177 de 1989 Disciplina Laboral en Centros Asistenciales
7. Ministerio de justicia. Código Civil. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ed. extraordinaria No. 9. 1987.
8. Ministerio de Justicia. Código Penal. La Habana: MINJUST; 1988.
9. Ley 41 de la Salud Pública Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ed. ordinaria No. 61, 1983.
10. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Ed. ordinaria No. 34. 1977.
11. Ministerio de Justicia. Ley de Procedimiento Penal. Vol. 13. La Habana: Orbe; 1979.
12. Ministerio de Salud Pública. Resolución 139. La Habana: MINSAP; 1982.
13. Ministerio de Justicia. Resolución 176. La Habana: MINJUST; 1990.
14. Tribunal Supremo Popular. Instrucción 110. La Habana: MINJUST; 1983
15. MINSAP Resolución 59 de 1990
16. Ministerio de Salud Pública. Resolución 110. La Habana: MINSAP; 1997.
17. Barreiro Ramos H. Calidad de las remisiones en un servicio de medicina legal. Rev. Cub. MGI. Vol.20 (5-6); 2004.
18. MINSAP. Resolución 9 de 1992. La Habana. manipulación de cadáveres y restos humanos
19. MINSAP. Resolución no. 90 del año 2001.
20. Lancís Sánchez, F. Lecciones de Medicina Legal. La Habana: Pueblo y Educación; 1986: 47.
21. Lancís Sánchez, F. Medicina Legal. La Habana: Ecimed; 1999:71.
22. Gisbert Calabuig J. A. Medicina Legal y Toxicología. 5ta Ed. Barcelona: Masson; 1998: 21-22.
23. Barreiro Ramos H. Como confeccionar el certificado de defunción del adulto. Rev. MED. Gral. Int. Vol. 4(1), 1988.
24. Armas Rojas et al. Diferencias entre la consignación de las causas de muerte del certificado de defunción y los informes necrópsicos. Rev. Cub. Salud Pública Vol. (1), 1998.

Bibliografía

25. OPS. Clasificación Estadística Internacional de enfermedades y problemas relacionados con la salud Vol. 2. Publicación Científica No. 554 Washington, DC, 1995: 30-68.
26. Rodes Teixidor J. et al. Medicina Interna Tomo 1. Barcelona:Masson, S.A. 1997: 1959-60
27. Nieto Lluís M y Gran Álvarez M. Instrucciones para el llenado correcto del Certificado de Defunción. Rev. Med. Gral. Int. Vol. 4 (4). Oct-Dic, 1988: 98-108.
28. Barreiro Ramos H Lo esencial del nuevo certificado médico de defunción del adulto Rev Cub MGI Vol.18 (4) La Habana jul.-ago. 2002
29. MINSAP. Reglamento general de policlínicos.
30. Barreiro Ramos H La responsabilidad profesional del médico. Rev Cub MGI 2005; 21(1-2)
31. Barreiro Ramos H Principales bases legales relacionadas con la expedición y uso de estupefacientes, psicotrópicos y otras sustancias tóxicas en Cuba. Rev Cub MGI 2006; 22(2).

Relación de autores y colaboradores

φ **JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MALUQUER**

Abogado

Maluquer Advocats

φ **ARIANA GONZÁLEZ MASA**

Abogado

Máster en Derecho Sanitario

φ **MARÍA MERCEDES SERRANO PÉREZ**

Profesora de Derecho Constitucional

Universidad Castilla La Mancha

φ **TAYSA SCHIOCCHET**

Doutora em Direito pela UFPR. Pós-doutora pela UAM

Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil

AMANDA SOUZA BARBOSA

Advogada

Mestranda em Direito Público

φ **HÉCTOR BARREIRO RAMOS**

Especialista de II grado en Medicina Legal

Profesor auxiliar de la Universidad de Ciencias Médicas de La Habana

LÉRIDA BARREIRO PEÑARANDA

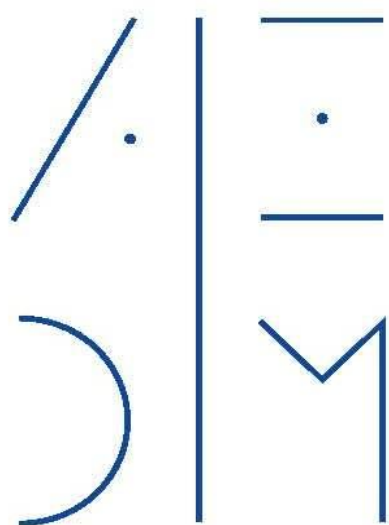
Especialista de I Grado en Imagenología

Profesora asistente de la Universidad de Ciencias Médicas de La Habana

JANET GONZÁLEZ MEDINA

Especialista de I grado de Medicina Legal. ms. Criminológicas

Profesora Instructora de la Universidad de Ciencias Médicas de La Habana



A SOCIACIÓN
E SPAÑOLA
D EFENSA
M ÉDICA •

Web: www.defensamedica.org

E-mail: asociacion@defensamedica.org



<http://www.facebook.com/defensamedica.asociacionespanola>



<http://twitter.com/AEDEME>



<http://es.linkedin.com/in/asociaciondefensamedicaaedeme>