

En la convergencia de dos humanismos: Medicina y Derecho

(Sobre el contrato de servicios médicos) *

Profesor Dr. MANUEL GITRAMA GONZALEZ
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia

SUMARIO: 1. *Dos ideas previas.*—1.1. El humanismo de médicos y juristas.—1.2. Pervivencia de la llamada medicina liberal.—2. *El consentimiento en el contrato de servicios médicos.*—2.1. La desigualdad de las partes.—2.2. El consentimiento en la fase cognoscitiva: Diagnóstico.—2.3.1. El consentimiento en la fase operativa: Tratamiento.—2.3.2. El deber de ilustrar al enfermo.—2.3.3. ¿Tratamiento impuesto?—2.3.4. Terapéutica y experimentación inconscientidas.—3. *El objeto del contrato.*—3.1. Obligación de medios o de diligencia.—3.2. La excepcionalidad del objeto.—4. *La causa del contrato.*—4.1. Los motivos del enfermo.—4.2. Los motivos del médico.—4.3. La causa jurídica.—4.4. Los honorarios.—4.5. La esencial confianza.—5. *La forma del contrato.*—5.1. La forma verbal o tácita.—5.2. La forma escrita.—6. *La resolución del contrato.*—7. *La excepcionalidad de la relación contractual a examen.*

1. Finalizábamos hace unos años nuestro estudio *Configuración jurídica de los servicios médicos*, señalando que “si del complejo de las actuaciones del médico como profesional, reparamos exclusivamente en la relación jurídica que liga al profesional libre, al médico de clientela, con cada uno de sus pacientes, los que también libremente han querido ponerse en sus manos, parece evidente que ha de identificarse un contrato de arrendamiento de servicios de los propios de las profesiones y artes liberales y en modo alguno un nuevo contrato sin nombre, sin regulación legislativa, sin entronque con los usuales y previstos por el legislador y sin la causa típica de éstos. Ahora bien, si adentrándonos en el seno del contrato de arrendamiento de servicios médicos observamos las características que en él se dan cita, las extraordinarias peculiaridades que lo ma-

(*) Trabajo aportado al Libro-homenaje al Excmo. Sr. D. José Corts Grau, catedrático de Derecho natural y Filosofía del Derecho, con motivo de su jubilación.

tizan, deberemos convenir en que efectivamente tratase de un contrato *sui generis*, de un contrato de un rango ciertamente elevado sobre el común de los demás en cuanto que los deberes de prestación de una de las partes recaen en él sobre un objeto tan cualificado como el cuerpo humano, sede de la personalidad" (1).

En efecto, si bien reparamos *sub specie iuris* en la relación convencional médico-enfermo, observamos que en ella, en lo que de contractual tiene —según la indagación que en aquel estudio efectuábamos— todo es en buena medida excepcional, tanto que a su respecto el mismo léxico jurídico habitualmente empleado en el Derecho de Obligaciones ha de matizarse en grado sumo para evitar que lo resbaladizo de las anfibologías pueda conducir a interpretaciones discordes con la conceptualización que exponer se quiere.

Es a tal excepcionalidad a la que vamos a referirnos en este otro estudio. Pero bueno será en sus inicios exponer dos ideas previas al efecto de mejor dilucidar la motivación de las páginas que siguen.

1.1. La primera observación es la de que a alguien pudiera a primera vista extrañar que los juristas osemos adentrarnos en el trato de problemas atinentes a la ciencia médica, invadir un campo que ignoramos, intentar someter a nuestros esquemas jurídicos-legales el sacerdocio médico —lo que, etimológicamente, significa enseñanza o función sagrada—, profanar, en suma el templo de Esculapio. Más he aquí que no es de problemas médicos de los que tratamos —para lo que evidentemente nos falta preparación y audacia—, sino de problemas jurídicos, cabalmente de aquellos problemas jurídicos en que la Medicina aparece implicada. Y si bien se repara se echa de ver que tales zonas de colindancia no son en absoluto extrañas. Tanto el médico como el jurista encarnamos sendos humanismos en cuanto que ejercemos profesiones y cultivamos ciencias directamente establecidas al servicio del hombre: tanto uno como otro, manejamos directamente lo humano; el hombre más que objeto, como cabría decir, es finalidad de las ciencias que respectivamente cultivamos y aplicamos (2). Lo que ocurre es que así como el médico lo contempla en su individualidad física y mental, el jurista lo considera en su vida social. Es, quizá, la diferencia entre el cuerpo humano, incluso con sus elementos intelec-

(1) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, en Libro Homenaje al Dr. Serrano y Serrano, Vol. 1, Estudios de Derecho civil, Valladolid 1965, págs. 325 a 374. La cita es de la pág. 373. A este trabajo nos remitimos para no pocos aspectos no abordados en el presente.

(2) "Las ciencias biológicas se acercan más a las ciencias sociales que las ciencias de la materia, porque unas y otras son las ciencias de los seres vivos. Cfr. J. HUXLEY, *Essais d'un biologiste*, ed. Stock, 1946, pág. 75 y sigs. Y es claro que la más antigua y más rica de las ciencias sociales es el Derecho. Cfr. FULLER, *Anatomía del Derecho*, trad. esp., Caracas 1969, pág. 10. Cfr. también R. SAVATIER sobre "Entente et mésentente entre médecins et juristes" en las págs. 235 y sigs. de la segunda serie de su obra *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, París, Dalloz, 1959, que nos inspiró la titulación del presente estudio.

tivos, y la persona humana, noción un tanto más abstracta. Como alguien dijo: la persona es algo más que el cuerpo humano, algo que la experiencia jurídica puede captar, pero nunca las ciencias de la naturaleza (3). Ello, no obstante, en definitiva, uno y otro, médico y jurista, buscan y procuran el bienestar humano (4)... Pero si el médico concentra sus esfuerzos en salvar la vida o la salud, física o mental, de un sólo hombre —el enfermo de cada vez—, el jurista atiende más bien a una pluralidad, al juego de derechos y deberes de dos o más personas implicadas en una relación jurídica que, por serlo, requiere siempre alteridad (5).

Por otra parte, resulta también curiosamente diversa la posición de médicos y juristas ante la ley. El médico, luchador infatigable contra las leyes biológicas que se le muestran inexorables, adopta también fácil e insensiblemente la misma actitud beligerante frente a la ley civil que, además, obra humana al fin y al cabo, estima más fácilmente eludible, considera menos obligatoria y menos general.

(3) Cfr. AUREL DAVID, *Structure de la personne humaine*, París 1924, Señala "Las ciencias se han sumergido en el cuerpo humano, pero allí no han hallado diferencia entre los órganos fisiológicos y las cosas" (pág. 6). La experiencia jurídica aclara esencialmente el problema de la persona, pues que el Derecho reconoce la permanencia del individuo humano de su concepción a su muerte y su carácter determinado, así como su individualidad, no obstante, la pseudoidentidad de los cuerpos humanos (págs. 20, 23 y 53). Y, añade, la persona es ante todo la vida humana y la originalidad de su existencia independiente. En partido sentido, R. SAVATIER en "Le droit au service de la personne" en el vol. *Socialisation et personne humaine*, Chronique sociale de France (47 Semaine Sociale de France, Grenoble 1960) Lyon 1961, págs. 301 a 318. Históricamente, por lo demás, el problema de un concepto jurídico de persona tiene un carácter civilista. Cfr. H. COING, *Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorien der Menschenrechte*, Rapport al Congreso Internacional de Derecho Comparado de Londres, 1950, págs. 191 y 195.

(4) ANDRE DE GERADON, *Racines anthropologiques du Droit*, en Libro Homenaje a L. GRAULICH, Lieja 1957, págs. 257 y sigs. Sobre analogía entre las relaciones médico-enfermo y abogado-cliente, DIETRICH RUESCHEMEYER, *Doctor and Lawyers: a comment on The Theory of the professions*, en Canadian Review of Sociology and Anthropology, 1964, págs. 17-30. Y el profesor médico FERNÁNDEZ CRUZ, refiriéndose a las enfermedades del hombre y de la sociedad, apuntaba como características del médico y del abogado una misma formación básica y un similar destino en su función ("La Vanguardia española", 9 de octubre de 1970, pág. 26).

(5) Sin pretender extraer consecuencias en orden a la respectiva complejidad o trascendencia social, recordemos que, según G. RENARD, la biología no nos hará las leyes (*Le Droit, l'Ordre et la Raison*, París 1927, pág. 223). Es que el Derecho contempla sobre todo el hombre social, el aristotélico *zoon politikon* cuyas relaciones interhumanas tiene aquél por misión ordenar con arreglo a los cánones de la justicia. Quizá por ello, si el médico siempre tiene al hombre por un todo y nunca le llama parte, para el jurista casi de continuo un hombre es una parte, parte en un contrato, parte en un pleito (Cfr. F. CARNELUTTI, *El Arte del Derecho*, Buenos Aires 1948, página 66). Es la idea del uno contra otro. Por eso puede afirmarse que si el médico trata de resolver sobre todo la patología individual, el jurista tiene acceso con más frecuencia y oportunidad que otros facultativos a la patología social. Actúa aquél cuando es vulnerada la salud; éste cuando es transgredida la justicia.

Para el jurista, en cambio, la coactividad y la generalidad de la ley civil son garantía del orden jurídico, por lo que le merecen el máximo respeto. El médico, en suma, ha sido formado en la transgresión de la ley (biológica); el jurista, en el respeto de la ley (civil) (6).

Y es cabalmente por esta diversidad, entre unos y otros, por lo que ni el médico puede tolerar pacientemente el ser juzgado en su actuación por el jurista, al que considera intruso en un campo que desconoce; ni el jurista puede pacientemente tolerar que cuando se halle enfermo se le reduzca a la limitada capacidad del menor y que se pueda disponer de su cuerpo, aunque se le diga que es "para su bien", sin recabar su asentimiento, siendo así que tiene la convicción de que el contrato médico, como cualquier otro, descansa sobre un libre acuerdo de voluntades y de que uno de sus derechos de la personalidad radica en aquel capital *noli me tangere*; intrusión entonces, dirá él, de un profano en el templo de Themis.

Pero el hecho es que, quiérase o no, unos y otros se necesitan mutuamente. Ningún jurista dejará de someterse, inerme, al bisturí del cirujano si padece una apendicitis aguda o a las tenazas del odontólogo si de él ha menester. Cuando los juristas tratamos materias de Derecho médico nos es imposible olvidar nuestras experiencias como enfermos solícitamente atendidos por médicos en nuestras miserias biológicas. Y si un médico, por su parte, ha de contratar, testar, litigar..., o es demandado de responsabilidad por daños a un paciente, será el jurista quien le asesore, quien le defienda o quien le juzgue; será entonces el hombre de Derecho quien deberá contemplar, en interés del médico como persona y hasta de la clase médica como estamento social, la actuación del médico *sub specie iuris*. No otra cosa es lo que pretendemos esbozar en algún determinado aspecto en el presente estudio; precisamente en el aspecto del, a todas luces excepcional, como hemos de ver, contrato de servicios médicos en el que se conjugan dos evidentes humanismos (7),

(6) Los llamados Códigos de Deontología profesional médica poseen como un cierto aire evangélico y a través de ellos parecen hacerse los Estados profesores de moral. Ya señalaba G. RIPERT (*Le déclin du droit*, París 1949, pág. 86) que resulta profundamente ridículo decir en un texto que tiene fuerza de Ley, que un médico o un dentista deben ser dulces con sus pacientes... Y si en el mismo texto se enumeran de consuno obligaciones jurídicas y deberes morales, el interesado atribuirá al cumplimiento tanto de unas como de otros un cierto carácter facultativo.

(7) Venimos refiriéndonos reiteradamente al humanismo. No consideramos éste —ello es obvio— como aquella forma de reacción violenta contra la escolástica que cristalizó en el movimiento de espíritu de los renacentistas (PETRARCA, POGGIO, ERASMO, BUDE...) y se caracterizó por elevar y valorar la dignidad del espíritu humano enlazando, por encima del medievo y del tomismo, la cultura moderna con la cultura antigua. En tal sentido, el humanismo era el gusto y el culto por la antigüedad y por su imitación; fomentaba unos estudios más próximos a la vida real, más humanos, *disciplinae humaniores, humaniores litterae, artes humanitatis*. El espíritu del Renacimiento no es sino un desarrollo de aquel humanismo ajeno a la religión (vid. J. BONNECASE, *Humanisme, classicisme, romantisme dans la vie du Droit*, París 1930, págs. 16-21). En punto al origen de la palabra humanismo, cfr.

en el que confluyen los ríos de la Medicina y del Derecho dando lugar, como toda confluencia fluvial, a remolinos y confrontaciones y hervideros que deben abocar a un sosegado fluir, a una ordenada y pacífica convivencia. Al fin y a la postre, ¿no son ambos, médico y jurista, enfermos en potencia?, ¿no se hallan socialmente sometidos, de consumo, al mismo ordenamiento jurídico?

1.2. La segunda idea liminar que queríamos dejar expuesta es la que sigue. Puede extrañar también a primera vista que a estas alturas temporales nos hagamos cuestión de problemas referentes a la llamada Medicina privada o liberal cuya próxima y aún inminente extinción pregonan no pocos agoreros. Comprendemos, justificamos y respetamos el progresivo paso de una Medicina liberal e individual a una Medicina socializada y colectiva, signo, al parecer, irreversible de la vida moderna (8). Pero, aunque a la organización social de la Medicina será en buena medida aplicable cuanto digamos, no es a ella a la que aquí vamos a referirnos sino a la clásica organización liberal de la Medicina que, a ojos vistas, pervive y que quizá deba subsistir con unas u otras matizaciones en cuanto

W. RUEG, *Humanismus, Studium Generale und Studia Humanitatis in Deutschland*, Darmstadt 1954; y TOFFANIN, *Historia del humanismo desde el siglo XIII hasta nuestros días*, Trad. esp., Buenos Aires 1953. Como es sabido, la Edad Moderna, al contrario que la Edad Media fue más humanista que teocéntrica; pero humanista en aquel sentido paganizante, cuya cristianización fue obra de la rectificación por los españoles de aquellas tendencias materialistas (Cfr. E. GUERRERO, *Sobre humanismo cristiano y libertad religiosa*, en Razón y Fe, junio 1957, quien, por ejemplo, considera a CALDERÓN DE LA BARCA como el máximo representante del humanismo cristiano español). Hay, en efecto, un humanismo iusnaturalista que, si bien estima la sustancia del Derecho fuera de las posibilidades de acción humana —el Derecho no es hecho *por* el hombre— pone tal sustancia al servicio de los valores del hombre, considerado como persona —el Derecho es hecho *para* el hombre—. El humanismo jurídico parte de la base de la afirmación de la supremacía del hombre basada en un concepto exacto del mismo (Cfr. LEGAZ LACAMBRA, *Humanismo, Estado y Derecho*, Barcelona 1960, pág. 37). Al fin y al cabo, el Derecho existe por causa de los hombres (*Cum igitur hominum causa omine ius constitutum sit*, Hermog. D. I., 5, 2); es obra del hombre en buena medida y está al servicio del hombre.

Preciso es constatar con CORTS GRAU (*Los humanismos y el hombre*, Madrid 1967, pág. 8) que “el término *humanismo* se nos ofrece cada día más equívoco y comprometido. A lo largo de la historia ha registrado muy varias y encontradas versiones...”. “Más que un humanismo en pugna con otros sistemas, hay una serie de humanismos que luchan entre sí” (CASTÁN TOBEÑAS, *Humanismo y Derecho*, Madrid 1962, pág. 9). “De cualquier modo que sea, es un dato consolador que sea tema principal en las controversias intelectuales de estos últimos años el de *hombre, humanidad y humanismo*” (TIERNO GALVÁN, *Hombre, humanidad y humanismo*, en Revista de Estudios Políticos, XXXII, 1950, pág. 181). Más, como dice CORTS GRAU (*Loc. cit.*) “A través de tantas versiones persiste una noción de sabiduría enriquecida en el conocimiento del hombre, en la conciencia de su dignidad y en la entrañable conexión entre verdad y vida”. De ahí que resulte inmenso así el alcance del humanismo. *Homo sum, humani nihil a me alienum puto*. Y en cuanto Medicina y Derecho pretenden el cultivo de todas las perfecciones humanas, resulta evidente que comportan sendos auténticos humanismos.

(8) Cfr. nuestro estudio *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, Valencia 1965.

siga considerándose respetable la libertad de la persona humana. Por muy en crisis que parezca hallarse la relación que tradicionalmente ligaba a médico y enfermo al socaire de la llamada socialización de la asistencia médica, de los espectaculares avances de las técnicas analíticas, físicas y químicas de la enfermedad, de los intentos de una Medicina cibernética —*medicus ex machina*, que alguien diría—, sobre la base de “chequeos” despersonalizados, etc., si la Medicina ha de seguir siendo “humana” ha de partir *vellis nollis* de la relación médico paciente, de esa relación “interpersonal, objetivante y que siempre debe ser amistosa” (9). Y en cuanto tal relación interhumana de ayuda (con fundamento último en la sociabilidad ya que todo hombre, cada hombre es un *ens indigenes* que necesita de sus congéneres, máxime en situaciones de desvalimiento cual es la enfermedad, relación en que confluyen el menester de un hombre y la capacidad de otro para remediarlo) puede ser, de hecho lo es, regulada por el Derecho y productora de consecuencias jurídicas... debe ser calificada de relación jurídica y, en el marco de la tan prestigiosa como zaherida Medicina liberal, más concretamente de relación contractual (10). Pero de una relación contractual —insistimos— de todo punto excepcional como vamos a observar a través de la apreciación *uti singuli* de los diversos elementos estructurales típicos de la contratación.

2. En orden al consentimiento, primer elemento esencial de todo contrato (art. 1.271 del Código civil) y presupuesta la capacidad

(9) Cfr. LAIN ENTRALGO, *La relación médico-enfermo. Historia y teoría*, Madrid 1964, pág. 9. No queremos plantearnos en el presente estudio —razones de espacio nos lo impiden— la problemática jurídica de la organización social de la medicina. Hacia la socialización de ésta impelen su eficacia y carestía actuales; el deficiente estado sanitario de la población, sobre todo, de la proletaria; la general toma de conciencia del derecho del hombre a la salud (vid. LEGA, *Il diritto alla salute in un sistema di sicurezza sociale*, Roma 1952); la general tendencia a la socialización de las profesiones y de las técnicas; la creciente intervención del Estado en la vida social... (Cfr. CANO DÍAZ, *El Seguro de enfermedad en el mundo occidental*, en Rev. Universidad Madrid, X, 1961, págs. 207-244). En realidad el seguro de enfermedad no tuvo por objeto inmediato sustituir a la organización liberal de la Medicina, sino que históricamente a quien sustituye o reemplaza es a aquellas otras organizaciones que tenían por objeto complementar a la tradicional medicina de clientela; a saber, el hospital de caridad y el seguro privado de asistencia médica (Cfr. BORRAJO DACRUZ, *La organización liberal de la medicina y su evolución*, en Rev. Iberoamericana de Seguridad Social, 1960, núm. 2, págs. 305 y 307). Pero el grave peligro que la absoluta socialización hace correr al hombre es el de incardinarlo en una sociedad exageradamente *standardizada*, en que se convierta en esclavo del Estado Moloch. Del resultado de la pugna entre el hombre del humanismo y el hombre robot, depende nuestro porvenir. Entre la inmensa bibliografía sobre el tema, vid., *ad exemplum* SERRANO GUIRADO, *El Seguro de enfermedad y sus problemas*, Madrid 1950; J. RIVERO, *Les transformations sociales et le développement de la protection légale de la santé*, en Semaines sociales, Montpellier 1951, págs. 72 y sigs.; *Socialisation et personne humaine* en 47 Semaine Sociale de France, Grenoble 1960, Chronique sociale de France, Lyon 1961.

(10) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica...*, cit., págs. 342 y 344.

contractual (11), ya resulta excepcional el que consideramos cualquiera que sea el ángulo desde el que se considere.

2.1. Reparemos, ante todo, en que en él entran las partes en planos evidentemente desiguales. La primera faceta de tal desigualdad radica en que, no obstante, una progresiva vulgarización operada a través de los más diversos medios de difusión de ideas y noticias y, hay que reconocerlo igualmente, un venturoso aumento de la cultura media de la población, la ciencia médica —quizá en parte porque, compensando lo anterior, se ha hecho más compleja, más profunda por los avances de los modernos métodos de diagnóstico y terapéutica— continúa siendo y quizá felizmente, para la inmensa mayoría de los hombres una ciencia hermética, impenetrable. Tal es, sin duda, una de las fuentes de su tradicional prestigio y del gran ascendente de que siempre ha revestido a quien logró penetrar en sus arcanos (12). Lo que el enfermo solicita del médico que le asista —esto es, que se detenga junto a él para asistirle (*ad-sistere* significa detenerse junto a otro) para brindarle el remedio oportuno, la curación— escapa generalmente al intelecto del primero, a sus

(11) Por más que también en orden a la aptitud jurídica para establecer la relación médico-enfermo; esto es, en orden a la capacidad contractual de las partes, échase de ver la excepcionalidad del contrato que nos ocupa. Como en cualquier otro, tal capacidad implica goce y ejercicio de los derechos civiles; más he aquí que, por lo que al médico atañe, la noción de capacidad implica algo más: competencia, saber, aptitudes profesionales... todo lo cual se presupone en él mediante la justificación de un estatuto legal en cuyo cuadro se limita en España, como en los demás países civilizados, el ejercicio de la medicina. Tal estatuto legal se contrae básicamente a la garantía de una formación técnica del profesional mediante la obtención de un título facultativo de Licenciado o de Doctor en Medicina y la subsiguiente colegiación administrativa (Reglamento de la Organización médica colegial de 1 de abril de 1967, Orden de 7 de mayo de 1968 y Ley de 13 de febrero de 1974). Sin tal se incurre en el ilícito de ejercicio ilegal de la medicina (arts. 321 y 572 del Código penal). Con tal se posee en principio la idoneidad legal para ejercer tan noble actividad.

Razones de espacio impiden referirnos aquí a la casuística problemática a que daría lugar el enfermo menor de edad, emancipado o no; el mayor judicialmente incapacitado; el demente no incapacitado, etc. A lo largo del presente estudio habremos de hacer referencia, no obstante, a situaciones como éstas en orden, por ejemplo, a cierta original tutela de hecho. También, sobre la capacidad en las convenciones relativas a la persona física y, en especial, en el contrato médico, vid., entre otros BORRELL MACÍ, *La persona humana, Derechos sobre su propio cuerpo vivo y muerto. Derechos sobre el cuerpo vivo y muerto de otros hombres*, Barcelona 1954; DÍEZ DÍAZ, *Los derechos físicos de la personalidad. Derecho somático*, Madrid 1963; A. JACK, *Les conventions, relatives a la personne physique*, en Rev. critique de Legislation et de jurisprudence, 1953, núm. 14; NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, cit., núm. 192; DIERKENS, *Les droits sur le corps et le cadavre de l'homme*, París 1966.

(12). El médico tiene la *auctoritas* (que significaba garantía de ser veraz y estar en lo cierto), autoridad moral, de puro prestigio. De ahí lo persuasivo de su posición, de consuno autoritaria y balsámica, apta para lograr de su paciente un *insight* psicoterapéutico, una comprensión definitiva de su situación y de sus posibilidades de cura. Y corrobora el prestigio social del médico que en el marco de nuestros usos ciudadanos, él es por antonomasia *el Doctor*, aunque su título pueda no ser sino de Licenciado.

posibilidades normales de control (13). El médico, entonces, previo reconocimiento, fija el programa terapéutico. El paciente accede o no, consiente o no. Caso afirmativo, que es la regla general, he aquí la fórmula del contrato de adhesión en que el aceptante no puede ontológicamente fijar su contenido y su alcance. Por lo común ha de abandonarse ciegamente y porque piensa en la cuenta que le tiene, a las decisiones del facultativo (14). ¿Qué más fuerte autoridad?

Pero aun antes de iniciarse la relación contractual, antes del encuentro médico-paciente, por más que para cualquier jurista la idea de contrato implique un acuerdo de voluntades esencialmente libre, un área en la que entran y se mueven los sujetos en plano de igualdad, lo cierto es que de hecho existe otra patente y previa desigualdad entre médico y enfermo. Este último se siente tal, se considera enfermo porque se estima total o parcialmente incapaz para ejecutar funciones o acciones propias de la vida humana; porque experimenta la aflicción del malestar, la molestia, el dolor físico; porque tiene el sentimiento de la amenaza del riesgo de morir; porque se da cuenta de que, a diferencia de cuanto estaba sano, su atención se polariza hacia su sintomatología somática alterada; porque se siente sólo con su solamente suya enfermedad y anómalo entre los individuos sanos próximos a él, etc. (15). Y, por todo ello, experimenta una necesidad acuciante e inmediata del cuidado de aquel que piensa se lo puede ofrecer. "Cuidar a otro" es el significado del verbo griego *medeo*, raíz del sustantivo latino *medicus*. Necesidad apremiante a su modo de ver, pues que va en ello, o así lo imagina, nada menos que su propia conservación. Por lo mismo la llamada, el recurso al médico, tan frecuentemente se caracteriza por la noción de urgencia. A menudo se despierta a éste a altas horas de la noche por mor de una alteración, quizá banal. Una de las miserias humanas es precisamente espantarse en alto grado ante las anomalías de su organismo físico, ya sean graves o tales se presuman por el desconocimiento de su entidad. El médico es entonces la firme esperanza del

(13) En alguna medida también —y ello implica una evidente analogía entre médicos y juristas— "el que solicita una demanda jurídica en el despacho de un Letrado se siente disminuido e incapaz de tomar decisiones por su cuenta. La relación con su abogado es de franca dependencia y sumisión ante sus orientaciones sobre la conducta a seguir" (así JUAN OBIOLS en el prólogo a MUÑOZ SABATÉ, *Enfermedad y justicia. El papel del Derecho en la psicoterapia individual y social*, Barcelona 1972, pág. XI).

(14) La entrega del enfermo al médico suele ser una entrega total. Quien se va a comprar un libro o un coche o quien solicita del decorador que arregle su piso, tiene buen cuidado de parcelar el problema que transfiere. Quien acude al médico acaba por exponerle la integridad de su problemática existencial.

(15) Sobre la valoración subjetiva de la enfermedad, sobre la diferencia entre creerse enfermo, sentirse enfermo y estar realmente enfermo, vid. NOVOA SANTOS, R., *La mujer, nuestro sexto sentido y otros esbozos*, Madrid 1929, págs. 192 y sigs. También BARCÍA GOYANES, *El sentido de la enfermedad*, en "Pensamiento médico y moral profesional", Valencia 1941, págs. 67-80 y A. JORES, *Vom Kranken Menschen*, trad. esp. "El individuo enfermo", Barcelona 1961, pág. 42.

ansiado e inmediato remedio; su presencia se considera apremiante necesidad. Y esa misma urgencia lleva al enfermo a no reparar en detalles que considera accesorios: hora, distancia, costo... (16).

El médico, por su parte, no tiene en cambio sino una necesidad remota de un enfermo en particular, de cada enfermo, en cuanto del ejercicio de la medicina hizo profesión y *modus vivendi* (17). El de servicios médicos resulta así un contrato necesario en cuanto obligado para el enfermo por una emergente situación fáctica (18).

Es verdad, y hay que proclamarlo así, que la acrisolada solvencia moral de la clase médica, la misma existencia y observancia de su formación deontológica (19), hará difícil fundar en estas patentes desigualdades injusticia alguna en la relación médico-enfermo. No se reproduce en el caso el conjunto de circunstancias, en cierto modo y *ab initio*, análogas en la relación jurídica laboral que hicieron alumbrar la sindicación y las medidas tuitivas que a sus modernas formulaciones caracterizan. Pero no estará de más insistir en que las

[16] MICHEL VASSEUR, *Urgence et Droit Civil*, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1954, págs. 405 y sigs., muestra el efecto derogatorio de la urgencia como expresión de un principio general del Derecho francés (y del español) común al Derecho privado y al Derecho público; área en que prevalecen las estructuras materiales sobre las jurídicas.

[17] La situación que surge es en gran medida análoga a la que se da en el contrato laboral. El trabajador necesita perentoriamente del contrato para obtener un salario con que subvenir a sus necesidades vitales y las de su familia. El empresario precisa también, ciertamente, de trabajadores para llevar adelante su empresa, pero en general le es indiferente contratar o no a uno determinado, a aquél precisamente agobiado con mayores cargas familiares o apremios económicos de primera necesidad. Y sabido es cómo tal desigualdad fue motivo de injusticias y abusos y cómo a reprimirlos hubieron de acudir las primeras normas del moderno Derecho laboral. Pero lo cierto es que, como es lógico, ni hay Sindicatos de pacientes que respalden a cada uno como los hay de trabajadores, ni una jurisdicción especial como la Magistratura del Trabajo para aquellos, ni toda una rama jurídica de matiz tuitivo, tutelar, protector, montada para la regulación de tales relaciones médico-cliente a imagen del moderno Derecho del Trabajo.

[18] El de servicios médicos más que un contrato impuesto (en el sentido que a este asigna R. MOREL en *Le contrat imposé*, en "Le Droit privé français au milieu du XX siècle", Estudios homenaje a RIPERT, París 1950, II, págs. 116 y sigs.) es un contrato necesario en cuanto obligado por una situación de hecho que constituye en cierta medida un estado de necesidad. Así se manifiesta el mismo autor en pág. 117, por más que sólo se refiere al depósito necesario del art. 1.949 C. c. francés, concordante con el de los arts. 1.781 y sigs. C. c. español. Caso más típico de contrato necesario que el del citado depósito será casi siempre el del contrato de servicios médicos. Vid. también DíEZ PICAZO, *Los contratos forzosos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, IX, 1956, págs. 85 y sigs.; y sobre el aludido estado de necesidad GUZZON, *Consenso e stato di necessità nell'atto medico* en Rivista penale, 1967, I, pág. 670; VASSALLI, *Alcune considerazioni sul consenso del paziente e lo stato di necessità nel trattamento medico-chirurgico*, en Archivio penale, 1973, págs. 94 y sigs.

[19] De entre copiosísima bibliografía sobre el tema, recordemos ALONSO MUÑOYERRO, L., *Código de Deontología médica*, 4.ª edición, Madrid 1956; FRANCISCO PEIRÓ, *Deontología médica*, 6.ª ed., Madrid 1958; GREGORIO MARRAÑÓN, *Vocación y ética y otros ensayos*, Madrid 1966; B. NARBONA ARNAU, *Defensa de la responsabilidad personal. Responsabilidad personal en Medicina*; AUER ALFONS-CONGAR-BÖEKLE-RAHNER, *Etica y Medicina*, Madrid 1962, etc.

desigualdades de referencia nunca deben inducir al facultativo a caer en la tentación de aprovechar en propio beneficio su prepotencia como señor de la salud del paciente (20). Más, hecha tal abstracción, no hay duda de que en la buena medida en que la que estudiamos sigue siendo una profesión liberal, el médico goza en principio de una independencia absoluta; puede no ejercer su profesión o abandonarla cuando quiera; puede elegir su clientela, en tanto en cuanto, no se haya obligado a acudir a la llamada de un enfermo o a tratar a cuantos a él recurran para tal fin. Ciertamente que, moralmente, no podría sin motivos legítimos rehusar sus cuidados al enfermo que llega a su consulta o le llama a su cabecera; los deberes de caridad y altruismo siempre han sido considerados títulos de honor de la profesión médica. Pero por principio jurídico el médico cuida a quien quiere y cuando quiere, salvo excepciones como el caso de urgencia (en que podría incluso incurrir en el delito de omisión del deber de socorro, del artículo 489 bis del Código penal); el requerimiento por la autoridad administrativa o judicial; el previo compromiso de cuidar a un enfermo o proseguir un tratamiento en curso; el cumplimiento de las obligaciones contractuales de un arrendamiento de servicios con una institución, etc. (21).

Pero no se agota la observación de la desigualdad en el ámbito que mencionado queda. Desde otro punto de vista, si se considera al médico como investido de un público ministerio o gestor de un servicio público (lo que vendría abonado en casos de titularidad o de pertenencia del facultativo a una organización asistencial a cuyos servicios tenga derecho el enfermo) de modo que quepa considerarlo como en estado de permanente oferta al público, vendrá constreñido a contratar con todo aquel que debidamente requiera sus servicios. La importancia de éstos puede justificar la obligatoriedad

(20) El poderío del médico sólo conserva su digna altura a condición de que no lo desluzca la sobrebia, la presunción, la *hybris* de cuyo peligro le advierte la caída de Esculapio, según el mito clásico, fulminado por Júpiter a causa de tal flaqueza. GEORGES DUHAMEL escribió que el primero de los enemigos que la Medicina halla en sí misma es el orgullo (*Paroles de médecin*, Mónaco 1946, pág. 7).

(21) Puede el médico pactar con un enfermo o con una familia obligándose a proporcionar sus cuidados indefinidamente, incluso por toda la vida del facultativo o, en el primer caso, por toda la del enfermo. ¿Implicaría tal pacto vicio de nulidad *ex art.* 1.583 del Código civil? Esta disposición, que trata de salvaguardar la libertad individual, parece ser de orden público y, consiguientemente, la convención en contrario sería, *expressis verbis*, nula. Ahora bien, entendemos aplicable el precepto si la obligación pactada implica una alienación de la libertad que haga caer al facultativo en una omnimoda dependencia respecto del beneficiario o beneficiarios de los servicios que se prestan, de modo que éstos sean continuos en dedicación exclusiva y de por vida (vid. XAVIER RYCKMANS, *Les droits et les obligations des médecins*, Bruselas-París 1954, pág. 186). No es este el caso del médico que ni enajena su libertad, ni queda impedido para proporcionar sus cuidados a otras personas, ni incurre en el perpetuo estado de dependencia que la Ley ha querido evitar. Otra interpretación conduciría al absurdo de proscribir el tan frecuente y tan válido sistema de iguala o, más aún, el del tradicional médico de cabecera.

de no rehusarlos y la consiguiente obligación para él de contratar, de modo que no hacerlo presentaría caracteres de ilicitud (22). Y he aquí que entonces, por manera análoga a como el médico podía, en la hipótesis antes considerada, verse tentado a abusar de su prepotencia *pro domo sua*, también en esta otra es el enfermo quien puede, más o menos conscientemente, abusar de su situación para exigir del facultativo más de aquello que ética y jurídicamente podría solicitar. Tanto en uno como en otro caso se hace posible columbrar supuestos de abuso del derecho o de ejercicio antisocial del mismo, con la consiguiente puesta en marcha de los mecanismos obturadores de dichas conductas al amparo del nuevo artículo 7,2 del Código civil (23).

2.2. Comienza a existir el consentimiento contractual mediante la aquiescencia de médico y paciente a entablar la relación jurídica entre ambos. La iniciativa suele partir del enfermo o de sus familiares. Pero las modalidades son múltiples:

a) Es elegido un *determinado* médico, sobre todo lo que se llama un especialista, en razón de su prestigio, de sus éxitos profesionales, de su notoriedad, todo lo cual viene a erigirse en garantía de la deseada bondad y eficacia de sus cuidados; esto es, tanto de lo acertado de su diagnóstico como de lo atinado del tratamiento terapéutico que prescriba. El enfermo o sus familiares son absolutamente libres en orden a la elección de *tal* médico y en la génesis de la relación cobra especial relieve jurídico el *intuitus personae*. Precisamente es típica la acepción de la persona del profesional cuando el contrato tiene por objeto la prestación de servicios que exijan conocimientos profesionales (24) y máxime si, como en éste en estudio, se basan —después lo veremos—, sobre la idea de la confianza.

b) No es elegido un determinado médico, sino que el enfermo o su familia llama *al* médico. Será el de cabecera o el de la iguala, el de la entidad de seguro libre, mutualidad, montepío, etc. Incluso al del pueblo, si no hay otro... Evidentemente si en estos casos no se elimina del todo el *intuitus personae* —porque siempre subsiste la consideración de las aptitudes profesionales del llamado, del que se eligió como médico de cabecera o de iguala o del cuadro médico

(22) Sobre la llamada obligación legal de contratar, GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, en *Revista de Derecho español y americano*, 17, 1959, págs. 665 y sigs. En el caso y como regla general de la medicina privada, a la libertad de elección de médico por el enfermo, se contraponen la de aquél de seleccionar sus pacientes, rehusando prestar servicios que no constituyan supuestos de urgencia. Sobre el particular vid. A. GUILLÓN, *L'omision de porter secours et la profession médicale*, en *Juris Classeur Periodique*, 1956, I, 1294.

(23) Vid. nuestro reciente estudio *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho*, en el volumen *Curso monográfico sobre la Ley de Bases para la modificación del Título preliminar del Código civil*, Valencia 1975, en especial, págs. 139 a 168.

(24) Cfr. FRANÇOIS VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, París 1938, págs. 59 y 105.

de la entidad del seguro libre elegida para la adscripción— aquel concepto queda tan disminuido como, si cabe hablar así, objetivado. No se acude a un médico especialmente determinado, escogido *ad hoc*, sino al que corresponde acudir. Y entonces del juicio que el médico merezca al enfermo dependerá en buena medida la disposición de éste en orden a la terapéutica que aquél prescriba.

c) Se llama o se acude a *un* médico, al que hay que recurrir aunque no se conozca porque es el del Seguro obligatorio (25), al médico militar, en suma al de la organización asistencial a que obligadamente se pertenece. La relación o contrato interpersonal médico-enfermo se desdibuja entonces para diluirse en la relación externa que motiva el derecho del paciente a la asistencia facultativa. Aparte la consideración personal que el médico de turno merezca al paciente, habrá que tener en cuenta la influencia del crédito que socialmente tenga la organización asistencial en su conjunto en orden a la eficacia terapéutica ante el segundo.

d) Se llama a un médico *cualquiera*, al más próximo, al de urgencia. Entonces desaparece prácticamente del todo el *intuitus personae*. En el facultativo que acude a la cabecera del enfermo lo único que éste ve representado es la ciencia-médica.

Y he aquí que, tendiendo los dos últimos supuestos a erigirse en las posibilidades más frecuentes en la moderna sociedad de masas, échase de ver el riesgo de la impersonalización de la relación médico paciente, de la regresión hacia aquella objetivación clínicamente abusiva y socialmente injusta a que al enfermo había sometido la asistencia médica vigente en los primeros lustros de nuestro siglo (26).

Cualquiera que sea el camino hacia la toma de contacto médico-enfermo, una vez obtenido el consensus inicial, el primero elabora su diagnóstico sobre “lo que el enfermo tiene”, primer paso en la andadura hacia la meta de la sanación. Examina para ello los datos que del reconocimiento estima oportunos, el impacto que en la sociabilidad del paciente marque su enfermedad y, a la inversa, el que en su naturaleza haya producido la dimensión social de su vida de relación, donde quizá halle en ocasiones la génesis de su dolencia (27).

(25) El art. 112, I de la vigente Ley de Seguridad Social española, establece el derecho que tiene el titular acreedor de la asistencia sanitaria a la elección de médico, bien que subordinándolo siempre a que exista pluralidad de éstos en la localidad.

(26) Así, LAIN ENTRALGO, *ob. cit.*, pág. 473. Marc. AZOULAI, *L'élimination de l'intuitus personae dans les contrats*, en el vol. “La tendance a la stabilité du rapport contractuel” *Etudes de Droit privé*, París 1960, muestra la moderna corriente “standardizadora” en la contratación, pero advierte (pág. 36) que si se repara en el naturaleza consensual del contrato, puede verse en el *intuitus personae* una de las más puras manifestaciones de la libertad individual y, entonces, hay que lamentar los ataques de que hoy se la hace objeto.

(27) Curiosamente se ha observado el origen psicossomático de numerosas enfermedades a veces engendradas en motivaciones jurídicas, como desahucios, despidos laborales, usurpaciones posesorias, etc. vid. WEIZTALKER, *El hombre enfermo. Una introducción a la Antropología Médica*, trad. esp., Barcelona

Es el momento cognoscitivo de la relación jurídica médico-enfermo, fase para cuyo desarrollo medió ya el inicial consentimiento engendrador de la relación jurídica (28) y que termina con una propuesta técnicamente congruente de acción terapéutica.

Pero he aquí que si en los restantes contratos; más concretamente en los restantes contratos de servicios propios de las profesiones y artes liberales, suele bastar con una prestación de consentimiento para que se despliegue la totalidad de los efectos (29), no ocurre así en el que estudiamos, lo que viene a integrar otro indicativo de su excepcionalidad. En el contrato médico desdóblase el consentimiento en dos fases, una primera en que se produce el acuerdo de las voluntades participantes en orden al reconocimiento del cliente por el médico al efecto de elaborar un diagnóstico y una propuesta de acción terapéutica y una segunda fase que llamaremos de consentimiento al tratamiento.

2.3.1. La segunda fase del consentimiento (30), una vez superado aquél momento cognoscitivo, versa sobre el momento operativo de la relación médico-enfermo. Resultado del diagnóstico es, como dijimos, la propuesta de tratamiento. No cabe desconocer que ya antes de esta fase posee eficacia terapéutica el talante afectuoso del médico, la confianza que inspira, el consuelo, la tranquilidad que proporciona. Su mera presencia al lado del enfermo es el primer agente terapéutico (31) que resalta la trascendencia de la relación humana e interpersonal entre médico y paciente y hasta el valor consolidante del definitivo “dar de alta” que a la vez implica un afirmar “ya estás sano” (diagnóstico) y un lograr que efectivamente así se sienta (tratamiento final).

1956. También, V. GONZÁLEZ CALVO, *Patología general de las emociones*, Valladolid 1946.

(28) Sobre la necesidad del consentimiento del enfermo, J. R. DEBRAY, *Le malade et son médecin*, París 1965, págs. 234 y sigs.

(29) Con la salvedad, quizá también de los servicios del abogado quien, solicitado por el cliente, estudia el asunto propuesto, diagnóstica y propone soluciones al mismo —tratamiento—, de modo que el cliente ha de manifestar su nueva conformidad a que, por ejemplo, sea presentada la demanda para iniciar una vía judicial.

(30) No parece tener gran trascendencia la cuestión de si el consentimiento del paciente al tratamiento propuesto constituye un nuevo contrato médico (Vid. SAVATIER, *Traité de Droit médical*, París 1956, núm. 49) o si por tal consentimiento y los sucesivos que fueren necesarios, el conjunto de cuidados constituye el objeto de un sólo y único contrato (así R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon 1939). Evidentemente habrá dualidad si, por ejemplo, el internista aconseja al paciente ponerse en manos de un cirujano.

(31) Por de pronto la narración de sus penas que el cliente hace al médico, ya por sí sola, disminuye el nivel de ansiedad, pues que la pena comunicada es ya una pena menor por compartida (Cfr. FRANKL, *Psicoanálisis y existencialismo*, trad. esp., Méjico 1965, 5.ª ed., pág. 276). Y libera al enfermo de no pocas tensiones emocionales que ha ido acumulando y comprimiendo. La sola creencia y confianza de que el médico, usando el poder que atributivamente le pertenece, va a poner en marcha los mecanismos terapéuticos adecuados para vencer el morbo, produce el efecto cártico de reducir la ansiedad del paciente.

Pero nos referimos ahora al segundo estadio del contrato médico-enfermo, a aquel que se inaugura con la propuesta de acción terapéutica del primero y que puede variar entre la administración de fármacos o agentes físicos, una adecuada dietética, una técnica psicoterápica, una intervención quirúrgica... Entendido el tratamiento como todo procedimiento, cualquiera que sea, tendente a la curación de una enfermedad o a la atenuación de un estado de enfermedad; o bien como toda acción sobre el enfermo destinada a combatir el mal que le afecta, requiere para su puesta en práctica la aquiescencia del paciente. Si cabe pensar que a la hora del diagnóstico el enfermo se ha hecho en buena medida un mero objeto científicamente cognoscible, a la del tratamiento es indudablemente algo más, una persona sujeto de derechos y una persona doliente y compasible.

Expresivamente señaló un ilustre jurista, alarmado ante ciertas disposiciones que autorizaban al médico para, en ocasiones, imponer un tratamiento determinado, que "el enfermo que se confía a un médico no le otorga un cheque en blanco, no abdica sin remedio su libertad, no se convierte en el menor de edad de quien el médico —según su moral profesional— se consideraría sin más, después de Dios, como dueño y soberano" (32). Por cómodo y satisfactorio que ello pudiera ser para algún facultativo, que no hallaría traba alguna para el empleo de los recursos terapéuticos que estimase más idóneos para el éxito pretendido (en beneficio, al fin y a la postre, del enfermo), vulneraría, sin duda, la libre autodeterminación de la persona del paciente. No es otra la razón de que los Tribunales hayan hecho responsable al médico de los daños causados por el fracaso o el error del tratamiento —especialmente de la intervención quirúrgica— no libremente consentido por el paciente o por sus allegados (33).

Y es que en ambas fases señaladas de la relación jurídica médico-paciente, pero sobre todo, en esta segunda, se realiza en definitiva, se actúa uno de los derechos de la personalidad, el llamado derecho a la integridad física que, como se ha dicho (34), es más que nada

(32) SAVATIER, *Les métamorphoses...*, ob. cit., segunda serie, núm. 194, pág. 220. Del propio autor *Imperialisme médical sur le terrain du droit*, en Dalloz, 1952, Chronique, 47. Asimismo P. GARRAUD y M. LABORDE LACOSTE, *Le rôle de la volonté du médecin et du patient quant au traitement médical et à l'intervention chirurgicale*, en *Revue générale du Droit*, 1926, página 129.

(33) Para la Casación francesa —y es evidente que si invocamos tan frecuentemente el derecho del vecino país se debe a su carácter de pionero en muchos de los temas en estudio— el enfermo es preciso que manifieste su consentimiento a cualquier tratamiento de una manera libre y clara en todo caso y por encima de todo, una vez que el médico le haya expuesto la naturaleza, riesgos y ventajas de la intervención. Es, pues, necesario que el médico consulte al enfermo antes de someterlo a todo tratamiento, a toda operación (Sents. de 28 de enero de 1942, 27 de octubre de 1953, etc.). En el mismo sentido L. KORNPROBST, *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence française*, París 1957, págs. 233 y sigs. Asimismo, J. R. DEBRAY, *Le malade et son médecin*, París 1965, págs. 234 y sigs.

(34) ASI, J. CARBONNIER, *Droit Civil*, T. I, París 1957, págs. 171.

una libertad, la expresión de un *noli me tangere* fundamental (35). No es tanto, pensamos, como cortapisa a la, en otro caso, libérrima iniciativa del facultativo —que en ocasiones la iniciativa podrá partir del enfermo (36)— como se establece esta segunda conformidad

(35) En relación, en general, con la doctrina de los derechos de la personalidad, A. DE CUPIS, *I diritti della personalità*, en el Trattato di diritto civile e commerciale, dirigido por A. CICU y F. MESSINEO, Milán 1959; BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Discurso de ingreso en la R. A. de Jurisprudencia y Legislación, Madrid 1976. Y nuestro trabajo *Imagen (derecho a la propia)*, en Nueva Enciclopedia jurídica Seix, T. XI, Barcelona 1962, especialmente núm. IX, X, XI y XII; esto es, págs. 310 a 316, con amplia bibliografía.

(36) Cabe pensar, naturalmente, en que la iniciativa sea del enfermo y que el médico sea el facultado para aceptar o no, a tenor de su libre voluntad, pero teniendo en cuenta los dictados de la moral. Así, podría considerarse aceptable la propuesta de intervenir que un paciente hiciese a un cirujano si la finalidad de la intervención es a juicio de éste curativa y por ende tendente en mayor o menor grado a conservar la vida humana; o si persigue una finalidad estética —cirugía plástica o reparadora— de mejoramiento y no implica riesgo ni persigue finalidad perjudicial. Válida es, así como válido y heroico es el acto extramédico de sacrificar la propia vida para salvar la del prójimo (vid. sobre el particular MICHEL RIOU, *L'acte de dévouement*, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1957, págs. 221 y sigs. quien define dicho acto como aquél de un individuo que, sin obligación jurídica alguna, acepta deliberadamente el sacrificio espontáneo de su vida para auxiliar a otro —pág. 223—). Probablemente no alcanzaría la misma validez la cooperación, mediante la extracción, a una venta de sangre por aquella persona de quien se obtiene, pues que la pretensión de un lucro, de obtener provecho económico de tal pérdida sustancial del cuerpo, con el consiguiente debilitamiento de éste y, por tanto, daño, implicaría la nulidad del contrato de compraventa por contrario a la moral (art. 1.255 del Código civil).

Piénsese también en la iniciativa del enfermo desahuciado que, afligido por el dolor, implora de su médico una inyección letal. Aun sin acceder a la eutanasia, no hay duda de que a la conciencia del profesional tocaría decidir la aplicación o no de esa morfina que abrevia de consuno el dolor y la vida del agonizante. Piénsese en la pretensión deducida ante un médico de una inseminación artificial, muestra de la soberanía de la ciencia sobre el hombre y de la deshumanización de la humanidad. Piénsese en las inquietudes de ciertos embarazos incitando a la interesada a hacerse abortar; en las esterilizaciones de complacencia... Si en todos estos casos el médico accede, colma los deseos de su paciente, pero se expone a incurrir en condenas penales y, eventualmente, hasta a verse sometido a una acción del interesado cuya opinión puede cambiar; todo ello aparte, claro está, de la consiguiente sanción ética o moral. Y si no accede será fácilmente acusado de desatención para con su cliente. La solución, naturalmente, se hallará en la conciencia del facultativo.

Esta temática nos lleva a pensar que ni la iniciativa ni el mismo consentimiento del paciente parece que pueden considerarse suficientes para que el médico emprenda sin más un tratamiento peligroso. Lógicamente es preciso, además, que éste sea necesario según las reglas profesionales; que los riesgos no sean desproporcionados con el mal a combatir o con el beneficio a obtener. Y tal, aun mediando perentoria inistencia del paciente al médico para emprenderlo. Con todo, habrá que considerar las circunstancias de hecho concurrentes; v. gr., la necesidad de adoptar sobre la marcha una decisión rápida en casos urgentes, máxime en casos desesperados en que haya que intentarlo todo para salvar la vida del enfermo. Paralizando del todo el espíritu de iniciativa del facultativo no es como el arte médico realizará

del paciente, sino como reconocimiento de las prerrogativas de la personalidad de éste. Y no con la mira puesta en la apreciación de que la persona sea al fin y al cabo, el mejor juez de sus propios intereses, cuanto en el respeto del derecho absoluto, de la personalidad, que cada persona tiene a su integridad física, al señorío del hombre sobre su cuerpo (37) como salvaguardia de la autonomía jurídica (38) de la personalidad humana.

En definitiva no es otro el sentido en que nuestros conciudadanos dicen al sentirse o creerse enfermos que “van a consultar”, expresando así su deseo de diagnóstico y su espera de proposiciones terapéuticas que entienden poder aceptar o rehusar (39). Es claro que entenderían extralimitada, antijurídica, la actuación de, por ejemplo, el médico cirujano que anestesiará y operará sin haber obtenido el consentimiento del paciente...

Y es que, aunque en favor de la tesis de que el cirujano puede operar de *motu proprio* para salvar la vida del enfermo, se alegase que la vida no pertenece al hombre y que, por ende, no puede disponerse de ella ni por acción ni por inacción; que no puede suicidarse ni rehusar los cuidados y operaciones necesarias, pues que sobre él pesa el deber natural de la propia conservación (40); que tiene la vida en depósito del que debe rendir cuentas y que, como el depositario (art. 1.766 del Código civil) no puede destruir ni mutilar el objeto depositado, sino que ha de conservarlo diligentemente (41)...

progresos. Muchas veces será la teoría del mal menor la que, así encontrará justa aplicación.

(37) Mucho antes que SAVATIER en su citado *Traité de Droit Médical* (núms. 9, 247 y 250), había escrito nuestro BALTASAR GÓMEZ DE AMEZCUA en su *Tractatus de potestate in se ipsum*, Medionali, Bordonum, 1609, que para salvar la vida es lícito amputar un miembro del cuerpo —Libro I, cap. XI— y que, aunque carece de valor el consentimiento de la persona para que sea muerta o herida, porque en ninguna forma y por ninguna razón se puede consentir que sea violada la propia persona, ello no excluye que pueda consentir en una operación quirúrgica en propio provecho —Libro I, cap. XII—.

(38) La idea de la autonomía de la persona humana es una de las fundamentales de nuestra civilización, “Uno de los axiomas inexpresados de nuestro sistema jurídico individualista” (CARBONNIER, en Dalloz 1947, pág. 507). Sobre el tema es fundamental la obra de LUIGI FERRI, *La autonomía privada*, Madrid 1969.

(39) Cuando un enfermo se dirige a un médico, lo que ante todo pretende es un diagnóstico, informarse de todas las circunstancias de su mal y, sobre todo, los medios de curarlo; pero no se entiende obligado de antemano a someterse a todas las operaciones que el médico, después de su examen, entienda oportuno realizar y de las que el enfermo no tenía antes ni la menor idea. Vid. DECOCQ, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, París 1960, núm. 509, pág. 361.

(40) El llamado imperialismo médico tiene alguna variante atenuada, aunque discutible, cual la que personificó FAURE en *L'ame du Chirurgien*, 1921, págs. 12-13. No se trata de que el médico decida y haga sin consultar al enfermo, sino de que, caso de que el cliente rehusé cuando evidentemente su vida está en peligro, el médico pueda actuar, no obstante, la negativa de aquél. Lo que en cierto modo se recoge en el Código de deontología médica francesa de 28 de noviembre de 1955, art. 29.

(41) En relación con ello, J. M. AUBY, *L'obligation à la santé*, en *Annales de la Faculté de Droit, Bordeaux, Serie juridique*, 1955.

aun entonces cabría aducir de contrario que el hombre debe también conservar su libertad de autodeterminación, de obrar bien o mal y que ésta es cuestión personal que cada cual debe resolver en conciencia (42).

Frente a los llamados paternalismo o imperialismo médico (43),

(42) Así, LEÓN MAZEAUD, *Los contratos sobre el cuerpo humano*, págs. 86-87.

(43) El origen de la doctrina del imperialismo médico radica en que histórica y tradicionalmente hasta nuestro siglo el enfermo era para el médico puro objeto de contemplación cognoscitiva y de manipulación terapéutica, espectáculo a observar e instrumento de la acción sanadora; como la planta para el botánico o el averiado motor para el ingeniero (LAIN ENTRALGO, *ob. cit.*, pág. 241). Tratábase de una relación humana si, la existente entre médico y enfermo, pero de una relación objetivante en cuanto uno de los sujetos convertía al otro en simple objeto, en pura cosa. Es el esquema señor-siervo de HEGEL o el, últimamente tan repetido, cliché de la mujer-objeto. Y el ser objetivado puede ser objeto de contemplación (espectáculo) u objeto de manejo (instrumento). De contemplación y de manipulación era el enfermo sujeto a la medicina hospitalaria en la sociedad burguesa secularizada. Como dice LAIN ENTRALGO (pág. 214), la llegada del pobre al hospital implicaba la premisa "Aquí tiene Vd. mi cuerpo; haga de él lo que quiera". Y sí se trataba del Hospital Clínico de una Facultad de Medicina, "Vean Vdes. qué enfermedad tan interesante la mía". Prestaba su cuerpo para la enseñanza clínica y su cadáver para la enseñanza anatómica. El cuerpo del enfermo pobre venía a ser *res publica* o, al menos *res publicanda*. Ser "carne de Hospital" era símbolo de miseria.

El rasgo más profundo y característico de la medicina contemporánea fue la introducción del sujeto en el pensamiento y en el quehacer del médico. Precedió la rebelión de tal sujeto en cuanto titular de derechos sobre una realidad somática, sobre un cuerpo injustamente tratado hasta entonces; rebelión contra la drástica bipartición entre medicina para ricos y medicina para pobres. El enfermo tiene expresa y efectiva conciencia del derecho a la asistencia que va a recibir, de la que se siente acreedor (vid. R. SAVATIER, *Un attribut essentiel de l'état des personnes, la santé humaine*, en Dalloz 1958, *Cronique*, 95; trabajo incluido en *Les métamorphoses...*, cit., III, capítulo 14). El enfermo se siente ahora un derechohabiente y la ayuda médica pasa de pura beneficencia hospitalaria a cobrar un notorio cariz contractual. El médico es el representante visible de la sociedad, ente impersonal sobre el que recae el deber de asistencia. La prestación del cuerpo para enseñanza clínica se condiciona y puede vetarse. La posesión del propio cuerpo se privatiza; deja éste de ser *res publica*.

No fue solo con FREUD como comenzó la consideración técnico-científica del enfermo como sujeto persona, considerándose psicoanalíticamente algunas enfermedades orgánicas que antes se apreciaban única y exclusivamente en el organismo cosificado y dando paso así a toda una medicina psicosomática. Es cierto que gracias a ello pasó a considerarse necesaria una personalización del enfermo y que al caer en la cuenta de que sí, por ejemplo, la penicilina vale para todos los hombres, no vale para todo el hombre, se ha llegado a la conclusión de que necesariamente hay que combinar la ciencia de la naturaleza con la ciencia del espíritu. Se ha producido una rebelión contra la cosificación de la persona del enfermo. Tras el nacimiento del psicoanálisis freudiano se ha empezado a prestar una más atenta y deliberada consideración, a la persona del enfermo, a su personalización intimista y a su personalización social. Aun en el caso límite del cirujano ante un cuerpo humano anestesiado, es claro que no debe limitarse a ver en él un simple objeto viviente, sólo por su forma anatómica distinto del perro o del caballo que el veterinario opere. Debe, por ejemplo, imaginar lo que para el paciente será la cicatriz que quedará en su cuerpo y elegir el tipo de incisión cuya futura impronta resulte estéticamente más tolerable.

un jurista siempre afirmará que la persona ha de ser normalmente considerada como el primer juez y guardian de su propio interés, del supremo interés de su propia conservación conjugado con su fun-

Pero al propio tiempo se ha venido asistiendo a un despertar en los propios enfermos del sentido de sus derechos de la personalidad, de su creciente participación en el auge del general respeto a la persona con todos sus atributos. Y la relación, así propiamente interpersonal entre médico y paciente, parte del mutuo reconocimiento de la personalidad respectiva de que cada uno de ambos sujetos es capaz de actos inteligentes, libres y propios; actos que han de coordinarse en una vivencia común, en una convivencia. El enfermo, así ha dejado de ser un mero objeto científicamente cognoscible para ser, además y sobre todo, una persona compasible. A la que se debe ayudar hacia el logro de ese hábito psicossomático que solemos llamar salud (LAIN ENTRALGO, *ob. cit.*, pág. 242).

Para todo ello y partiendo de la base de la "personalización" del enfermo, era evidente la conclusión de ser precisa la voluntad de éste para someterse al acto médico. Pero he aquí que entonces resiste en sus últimos reducidos o quizá reaparece la doctrina del imperialismo médico al socaire de la idea de que únicamente cabe tener en cuenta el acto de confianza inicial del enfermo al ponerse en manos de un médico. A partir de tal momento, quiérese que sea ya el médico quien haya de decidir y de aplicar a su arbitrio exclusivo los cuidados precisos al enfermo hasta su curación. Con lo que parece que el enfermo renuncia a toda participación en la dirección de su ser, abdica entre las manos del facultativo su condición de *homo sapiens*, se priva a sí mismo de la libertad, firma un cheque en blanco en favor del médico, quien así se convence más y más de su omnipotencia (Así, SAVATIER, *Traité cit.*, núm. 9, pág. 23).

Más aun. No pocos de los partidarios de este imperialismo ni siquiera ven como fundamento del mismo; esto es, como fundamento y fuente de las omnímodas facultades del médico, el acto de voluntad, el consentimiento inicial del enfermo, la renuncia por éste de su independencia, de su libre albedrío. Tal decisión inicial del enfermo —la primera fase de su consentimiento, como hemos señalado en el texto— se cree entonces que no pasa de ser la cómoda ocasión para que los médicos ejerzan los poderes que les corresponden a virtud del ministerio de que se hallan investidos y no precisamente por voluntad del enfermo. Se sigue así partiendo de la base de que todo enfermo es un ser inepto para apreciar cabalmente el interés de su salud y que sólo los médicos pueden juzgar qué medidas son las más idóneas a adoptar para la satisfacción de tal interés (Cfr. PORTES, *Du consentement a l'acte médical*, en vol. "A la recherche d'une éthique médicale", págs. 155 y sigs.). El enfermo, se dice, hállase en estado de opacidad intelectual para opinar y no sólo por su natural ignorancia de la medicina, ciencia bien hermética, sino también por el estado emotivo en que le coloca la revelación de su diagnóstico. De ahí, infiérese el poder del médico para proceder al tratamiento o a la operación sin consultar al enfermo, aunque sea en interés de éste (que no hablamos del imperialismo a efectos de experimentación en interés de la ciencia, a que más adelante aludiremos). Tal sigue siendo el modo de pensar de muchos médicos y, en consecuencia, una fuente de pleitos de responsabilidad fundada en no haber mediado el consentimiento del paciente al tratamiento.

Por lo demás, de evidencia resulta que no cabe mantener que todos los enfermos mayores de edad y capaces sean inhábiles para apreciar el interés de su salud y para reconocer lo que dicte el interés de su conservación. Ello aparte de su fundamental derecho a la integridad física que es un derecho absoluto, un derecho de la personalidad. Con razón señala EDDE (*Les droits extracontractuels relatifs au corps humain*, París 1954, págs. 6 y 12) que el derecho a la integridad física es esencialmente de Derecho Natural y las medidas legislativas que lo lastiman son otros tantos signos precursores de una sub-

damental derecho a la integridad física que es un derecho absoluto como todos los por antonomasia llamados derechos de la personalidad.

De hecho, si el médico prescribe determinados medicamentos que el enfermo o sus familiares han de adquirir según la receta que aquél les da, evidentemente son libres para hacer o no la adquisición, para administrarlos o no, para hacerlo en las dosis prescritas o en otras menores. Atenerse escrupulosamente a las instrucciones del facultativo, como resulta aconsejable, implica consentir en el tratamiento prescrito.

La cuestión del nuevo consentimiento expreso resalta, sobre todo, cuando la terapéutica dispuesta presenta riesgos, por más que naturalmente se compensarán justificándose con las ventajas que para el paciente se espera obtener. Así ocurre si ha de practicarse una intervención quirúrgica que presente peligro o implique mutilación, si una anestesia total, si ciertas radiografías, remedios tóxicos, inoculación de sueros, etc. (44). Es entonces claro que el enfermo o sus familiares pueden oponerse abiertamente a la determinada indicación terapéutica y su oposición puede deberse a dificultades de orden financiero, a una resuelta repugnancia de principio por prejuicios de dudosa justificación objetiva (45) a una relativa falta de confianza en la eficacia (46), a una insuficiente comprensión o a una cerrada voluntad del paciente en contradicción con su estado (47). Naturalmente que, en todos estos casos, desplegadas por el facultativo cuantas dotes persuasivas le sea posible utilizar para reducir dicha oposición, si sigue hallando la persistencia en la negativa (48), quedará exento de toda responsabilidad cualquiera que sea el punto de vista desde el que se considere.

versión de nuestra civilización que conviene contener por una crítica sin concesión y sin descanso.

(44) Cfr. XAVIER RYCKMANS, *ob. cit.*, págs. 385-386.

(45) Por ejemplo, su pertenencia a determinada confesión religiosa. Son cada vez más frecuentes los casos como el recientemente ocurrido en Castellón de la Plana, donde falleció una enferma que, gravemente herida en accidente de circulación y necesitando apremiantemente una transfusión de sangre, se opuso a recibirla alegando profesar la religión de los Testigos de Jehová cuyo credo prohíbe este tipo de intervención, por lo que dejaba su vida a la voluntad de Dios.

(46) Por estimar insuficiente el porcentaje de posibilidades de un resultado favorable, alegando no tanto el dolor de pagar cuanto el de pagar inútilmente.

(47) Ya BALTASAR GÓMEZ DE AMEZCUA, *ob. cit.*, se planteaba en el Libro II, cap. VII de su magna obra el problema de si puede considerarse lícito rehusar las medicinas. Vid., asimismo, G. LASMIER, *Du droit du malade et du blessé au refus d'un traitement ou d'une intervention chirurgicale*, Bordeaux 1922.

(48) El desistimiento ante un tratamiento preciso se relaciona con la mórbida resignación ante la injusticia de que hablaba MUÑOZ SABATÉ (*Técnica probatoria*, Barcelona 1967, pág. 33) o con el suicidio moral y la deserción en la lucha por el derecho, dejación de naturaleza frustratoria, que decía R. IHERING (*La lucha por el derecho*, trad. esp., Buenos Aires 1960, página 23).

Claro está que el médico en tales supuestos puede tranquilizar su conciencia profesional y humana manifestando su convicción de la necesidad de determinada terapéutica a los más próximos allegados del paciente en búsqueda de su cooperación para persuadir al enfermo recalcitrante a fin de que se someta al tratamiento prescrito. Más aún; es claro que cuando el enfermo no se encuentre en estado de prestar su consentimiento por haber perdido, o casi, el uso de sus facultades mentales, puede el médico recabar y obtener el de las personas investidas respecto de aquél de una autoridad legal o el de las que, por sus lazos de parentesco, cabe considerar como sus protectores naturales. Salvo que el enfermo sea menor, la cuestión será a menudo delicada. Muchas veces serán las circunstancias de hecho más que los vínculos jurídicos quienes contribuyan a designar el protector natural; esto es el investido de una suerte de tutela de hecho sobre el paciente, técnica jurídica un tanto original (49) a la que se estima oportuno recurrir toda vez que en caso de necesidad lo mismo que se provee a la salvaguardia de las personas de los menores y de los incapacitados mediante la tutela de derecho, al menos fácticamente han de ser tutelados todos los necesitados de protección. Tal tutela de hecho corresponderá ante todo y comúnmente al cónyuge mayor de edad y no separado. Tras él a los descendientes si son mayores de edad y, en caso contrario, a los ascendientes. "El silencio legal da paso en este punto a una especie de derecho natural establecido en equidad. Las personas que de hecho aseguran, con evidentes muestras de afecto y de unión, la guarda, el sustento, la protección del enfermo, deberán ser preferidas sobre parientes o allegados jurídicamente más próximos, pero indiferentes a juzgar por su conducta. El médico apreciará con tacto estas circunstancias..." (50).

Aun más, puede y debe el propio médico erigirse en verdadero protector natural del enfermo y actuar sobre éste como su ciencia y su conciencia le dicten sin necesidad del consentimiento de nadie cuando exista verdadera urgencia de su intervención y no pueda recabarse asentimiento alguno de los familiares o protectores naturales del paciente por no hallarse presentes o mantenerse en infundada inercia (51). En definitiva, él más que nadie debe asistencia a las personas en peligro y ejerce un ministerio, un servicio público de la salud; y lo que pudiera entenderse atentado al principio del consentimiento previo del enfermo o de los suyos, resulta, en caso de urgencia, abiertamente conforme al mismo interés del enfermo (52).

(49) Así JEAN PRADEL, *La condition civile du malade*, París 1963, pág. 259. También nuestro citado trabajo *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, pág. 35; ORTEGA PARDO, *La tutela de hecho*, Madrid 1947; y J. NOIREL, *Le Droit civil contemporain et les situations de fait*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1959, pág. 456.

(50) Así, R. y J. SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT, *Traité de Droit médical*, París 1956, núm. 244.

(51) Vid. M. VASSEUR, *Urgence et Droit civil*, cit., págs. 403 y 415.

(52) Cfr. R. NERSON, *L'influence de la biologie et de la médecine mo-*

Por lo demás, huelga advertir que toda especie de tutela de hecho cesa tan pronto el enfermo recobre su libre arbitrio, su consciencia, su voluntad.

2.3.2. Puede darse que la oposición del enfermo a una terapéutica importante (por lo costosa, por lo cruenta, por lo peligrosa para su vida...) venga motivada por un erróneo conocimiento del mismo en orden a su estado, que cree menos grave de lo que en realidad es. Plantéase así el problema de la debida ilustración al enfermo por parte del facultativo, problema ciertamente delicado. Ocultando al paciente el padecimiento de un mal incurable o mortal, la ciencia jurídica probablemente no vacilaría en calificar de error, de reserva mental, quizá de dolo, el consiguiente vicio de la voluntad contractual en la relación médico-enfermo. Si se aprecia error —concepto equivocado o juicio falso de una realidad— sería error esencial por recaer sobre puntos o requisitos esenciales del negocio jurídico, de modo que, de no haberse padecido aquél, la oposición a la terapéutica no se habría producido. Y el origen del error se hallará en la mentira piadosa, en la reserva mental que indujo al paciente a una actitud obstruccionista que, de no haber mediado aquella, no habría adoptado (arts. 1.265 y 1.266 del Código civil).

Si optando el médico por disimular un pronóstico muy grave al enfermo, se siente moralmente obligado a luchar contra el mal que las leyes biológicas le permiten prever, puede pensarse que habrá de aplicar o hacer aplicar los también graves remedios o procedimientos que resulten precisos sin recabar el consentimiento del paciente o intimidándole para obtenerlo o sin que tal consentimiento —cabalmente por haber ocultado la verdadera o temida importancia del morbo— sea plenamente consciente en quien lo presta. He aquí como, llegado el caso, el enfermo podría impugnar tal precario consentimiento como viciado por error (arts. 1.265 y 1.266 del Código civil) (53), por intimidación (arts. 1.267 y 1.268) o, incluso, por dolo (art. 1.269 del mismo cuerpo legal) (54).

dernes sur le Droit Civil, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1970, págs. 674-675.

(53) Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal civil del Sena de 15 de marzo de 1937 consideró nulo por error vicio de consentimiento el contrato con un cirujano que, para no asustar al paciente, le ocultó la gravedad de la operación prevista. Realmente el error vicio no es sino un motivo erróneo, un error elevado a motivo del negocio jurídico, por lo que puede llamarse "error-motivo". La voluntad negocial se forma sobre la base de una representación interna que no corresponde a la realidad. Cfr. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del Diritto civile*, 9.^a ed., Nápoles 1971, pág. 142.

(54) No falta quien ha tratado de forjar una teoría autónoma de los vicios de la voluntad contractual en relación con el contrato médico y con todas las convenciones recayentes sobre el cuerpo humano, por el hecho de que en tales casos el consentimiento del paciente debe ser libre y consciente o ilustrado, ya que se contraponen un fuerte e iniciado con un enfermo e ignorante que no tiene posibilidades de información. Así, A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique*, en *Revue critique de Législation et de Jurisprudence*, 1953, núm. 12, pág. 362 y DOMAGES, *Le corps humain dans le commerce juridique*, París 1956, núms. 102 a 106. Creemos que

Y es que en realidad el enfermo grave a quien se engaña respecto de su estado es tenido por no más que un menor de edad en estado de opacidad mental, incapaz no ya para decidir sino ni siquiera para opinar respecto de su estado. Y el médico entonces parece ser considerado, a su vez, como un poderoso tutor que, imbuido de una potestad similar a la que al *paterfamilias* confería la Ley de las XII Tablas, decide sobre la vida de aquél con fundamento en su propio ministerio y en que el paciente, al elegirlo como médico suyo, ha depositado en él la más omnímoda confianza.

Más, como bien se ha dicho, ello conduce a violentar conjuntamente el derecho de las personas y el de los contratos; el derecho subjetivo del paciente sobre su cuerpo —ese mencionado *noli me tangere*— y el que tiene a su libertad contractual. Ni lo uno ni lo otro deben ser vulnerados por el hecho de que el médico solo vea en la intervención quirúrgica o en el tratamiento peligroso, un medio de acción contra la enfermedad y, fundado en aquel *ius imperium* a que antes hemos aludido, olvide el equilibrio jurídico que debe presidir su relación con el paciente. Y no es que con ello vayamos a afirmar que en todo caso el facultativo se halle obligado a desvelar ante el enfermo un pronóstico grave, cuestión ésta que más bien toca dilucidar a la deontología (55). En plano estrictamente jurídico lo que sí importa es afirmar que al paciente que debe consentir o no en la intervención quirúrgica o el tratamiento arriesgado que puede salvar su vida amenazada, hay que proporcionarle la suficiente y necesaria ilustración para que conscientemente decida. Frente a la consabida mentira piadosa en estos casos —como en lo tocante a la recepción de los últimos Sacramentos, si es católico— tanto mejor puede re-

en todo contrato el consentimiento debe ser libre, consciente, ilustrado y que, por ende, no parece procedente una teoría autónoma de los vicios de la voluntad en el contrato en estudio.

(55) Las mismas vacilaciones de los Códigos de Deontología son fiel reflejo de lo delicado de la cuestión. El francés, por ejemplo, en su art. 31 aconseja al médico poner lisa y llanamente al enfermo en presencia de sus responsabilidades, pero el art. 34 del mismo *Code* admite que un pronóstico grave puede ser legítimamente disimulado al enfermo, que un pronóstico fatal sólo puede revelársele con la mayor circunspección. Vid. DECOCQ; *Essai...* (cit.), núm. 521. Quizá en personas de determinado temperamento o de escasa cultura o de mínima religiosidad, el médico debe extremar su discreción y puede usar la reticencia a fin de que el enfermo se mantenga en las condiciones morales más propicias al éxito de la terapéutica. Una fría y amplia exposición por el médico de todos los riesgos de un tratamiento, especialmente si se dirige a personas ignorantes, podría tornarse inhumana y peligrosa; podría hacerlas desistir del remedio que, por otra parte, puede revelarse único e indispensable...

De contrario, sería abiertamente ilícito disimular al enfermo elementos favorables (por ejemplo, los resultados negativos de unas biopsias) para hacerle creer que su mal es más grave de lo que en realidad es y obtener así su consentimiento para determinado tratamiento radioterápico o quirúrgico.

Finalmente, resulta de toda evidencia que el consentimiento del enfermo debe ser tado más conscientemente motivado, cuanto menos urgente resulte la intervención médica o quirúrgica. Cfr. NERSON, *L'influence...*, cit., página 674

sultar la asociación del enfermo a la lucha terapéutica contra la enfermedad recabando su consciente asentimiento a la práctica de las decisiones de quien tiene como meta consolarle, devolverle la salud, salvarle la vida (56). En definitiva, y en plano psicológico hay mil medios de revelar la verdad al paciente sin que su moral, su espíritu, se resquebraje. Peor será que, a través de un empleo abusivo de la mentira piadosa, de la reserva mental, los enfermos vayan perdiendo sistemáticamente la confianza en los médicos e, imaginándose de rechazo lo peor, vivan angustiados, creyéndose de verdad estigmatizados con males incurables e interpretando como meramente consoladoras las expresiones negativas y tranquilizantes de su médico (57).

Es preciso, pues, en general, ilustrar debidamente al paciente —lógicamente en razón directa de su cultura— sobre el alcance y justificación del remedio, médico o quirúrgico, a utilizar (58). En

(56) Es necesario ponerle en disposición de adoptar en tiempo útil las medidas pertinentes para cumplir sus deberes de conciencia y para el cuidado de sus intereses materiales.

Como ha escrito R. SAVATIER (*Socialisation et personne humaine* —47 Semaine Social de France, Grenoble 1960— en *Chronique social de France*, Lyon 1961, pág. 315), frente a la tendencia a disimular al enfermo la verdad y a imponerle la voluntad del médico (fórmulas iniciales de los Códigos de Deontología médica), existe otra según la cual el médico debe crear en el enfermo el deseo de curar o, si no puede curar, ayudarle a dominar la enfermedad. Hay que tratarle como a persona que es y, en tal plano, su colaboración voluntaria es necesaria para el médico. Tal es la concepción que respeta a la persona.

(57) “Restringirle a alguien la verdad —ha escrito CORTS GRAU— es restringirle su libertad. Los grandes ataques no son los de la coacción, sino los dirigidos al entendimiento. La mentira, en este aspecto, es más grave que la violencia. Alguien ha dicho, certeramente, que la libertad reina allí donde nadie se ve forzado a mentir”. Cfr. *Los humanismos y el hombre*, cit., página 195.

(58) Por infringir el médico el deber jurídico que le incumbe, paralelo al derecho del enfermo a conocer la verdad, la Jurisprudencia ha exigido responsabilidad al primero. He aquí dos muestras: En un caso al parecer fortuito de fractura de pierna, un médico diagnosticó cáncer óseo, pero no se atrevió a comunicarlo al paciente, estimó preciso amputar la pierna y lo hizo. Sólo el posterior examen histológico del miembro separado demostró la inexistencia del cáncer, se trataba simplemente de una fractura retardada consecuencia de reblandecimiento óseo. La Court d'Angers no reprochó al facultativo la falta técnica de creer equivocadamente que se trataba de un cáncer, pues que estimó que el error de diagnóstico, cuando se explica por las circunstancias del caso, no implica responsabilidad para el médico. Pero consideró responsable a éste por no advertir al enfermo las razones por las que creyó necesaria la operación y por ocultarle su diagnóstico, contentándose con la aquiescencia de la mujer del paciente, la cual no estaba facultada, dada la perfecta consciencia de éste, para disponer de la integridad corporal del mismo (Sent. 4 de abril de 1951).

Otra muestra del derecho del enfermo a conocer la verdad: En un gran Hospital de París los alumnos internos estudiaban la arteritis y su tratamiento interesándose en especial por un método a base de ciertas inyecciones en las arterias enfermas. Un paciente que frecuentaba el Hospital y había sido curado y examinado allí radioscópicamente conservando una ligera cojera, recibió un día una carta del Director del servicio médico, rogándole que volviera al Hospital para un nuevo examen. Una vez en el Hospital se le inyectó una sustancia cuyos efectos se suponían, más no se conocían con

último caso y para supuestos de hiperestesia, cabe revelar la gravedad del mal que le aqueja y la perentoria necesidad del remedio a utilizar a su cónyuge o parientes mayores más próximos, de los que puede recabarse cooperación para obtener el asenso al tratamiento. Solo si el enfermo no se encuentra en estado de prestar consentimiento pueden por él hacerlo quienes de Derecho o de hecho tienen autoridad sobre él (59). La obligación de informar debidamente de cuanto pueda interesar en orden al *consensus* requerido es obligación común, por lo demás, a todos los contratos aunque ahora la refiramos al de servicios médicos en la fase del consentimiento al tratamiento (60). Y máxime en aquellos que, como éste, suponen una confianza recíproca entre las partes (61). Ello va ínsito a la vez como consecuencia del principio de la buena fe, que no sólo ha de entenderse posterior al perfeccionamiento contractual *ex* artículo 1.258 del Código civil, sino también anterior al mismo, durante la preparación y las distintas fases de la relación, lo que actualmente viene abonado por el artículo 7,1 del mismo cuerpo legal. El mismo carácter técnico científico de tales terapéuticas, que normalmente el enfermo desconoce, confirma el deber de informarle de los distintos métodos, si los hay, que pueden conducir a la curación o al alivio de su enfermedad a fin de que él pueda, debidamente ilustrado, elegir y, lo que es fundamental, expresar su consentimiento de modo claro y consciente a uno de los tratamientos propuestos (62).

certeza. El resultado fue que de simple cojo que era, quedó en inválido completo, pues hubo que amputarle la pierna. La carta que había recibido fue primer medio de prueba que le permitió, con éxito, exigir responsabilidad al investigador médico que, sin duda, desinteresadamente, cometió la falta de no comunicarle el riesgo que corría (Sent. Tribunal de Sena 28 de enero de 1952).

(59) Ciertamente que el mejor procedimiento que permite al médico actuar en el que estime interés del enfermo haciendo caso omiso de la voluntad de éste, puede ser la piadosa mentira médica; jurídicamente hablando, la reserva mental o la reticencia. Cabría benévolamente pensar en la licitud moral de la misma siempre que se emplee en exclusivo interés del enfermo y no dé paso a la utilización de medios fraudulentos. Jurídicamente sería insostenible la exclusiva iniciativa del médico sin contar con la voluntad del paciente. Y sería harto cuestionable que dicha iniciativa pudiera ampararse con la cobertura de una aquiescencia de los familiares del enfermo en el caso de que éste conserve lúcidas sus facultades mentales. Sólo si éstas faltan podrá acudir al expediente de, máxime por posibles razones de urgencia, montar una suerte de representación legal, esa especie de tutela de hecho a que ya nos hemos referido, que permitiese suplir con la voluntad de dichos familiares la inexpresable voluntad del paciente.

(60) Es aducible a tal respecto cuando señala M. DE JUGLART en *L'obligation de renseignement dans les contrats*, Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1945, págs. 1 y sigs.; en especial núm. 26, pág. 14. Vid. También G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Milán 1974.

(61) En lo que abunda G. RIFERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, París 1949, núm. 48.

(62) Así, NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, cit., núm. 191; DOMAGES, *Le corps humain...*, cit., núms. 102 a 108; MAYER JACK, *Les conventions...*, cit., núm. 12. El consentimiento del paciente reviste un carácter aun, si cabe, más trascendental cuando haya de ser sometido a anestesia general, en tanto en cuanto el consentimiento a tal inconsciencia procurada de pro-

2.3.3. En tema de consentimiento al tratamiento y teniendo en cuenta que en nuestros días ya no sólo y no siempre cabe considerar la enfermedad como lo que, de suyo, parece ser, una calamidad, sino que puede erigirse también en un recurso bajo forma de asistencia gratuita, descanso retribuido, indemnización, etc., cabe plantearse el problema de si la oposición al tratamiento prescrito por parte del enfermo que claramente en tales miras se fundase, podría salvarse imponiéndolo de modo coactivo. Dicho de otra manera, la oposición a la terapéutica prescrita por parte del enfermo consciente, el rechazo de los cuidados debidos, puede obedecer a aquellos interesados móviles e incluso causar perjuicios directos a terceras personas. Piénsese, por ejemplo, en el artista que si se hubiera tratado convenientemente se habría reintegrado antes al escenario de su teatro con menor perjuicio para la empresa de éste; en el acreedor de una renta o subsidio a cargo de una compañía de seguros durante su enfermedad, que aminoraría la deuda de ésta si aceptase el debido tratamiento; en el trabajador que en la misma coyuntura perjudica a su empresa y a la seguridad social... ¿Puede obligarse indirectamente a tales enfermos a cuidarse del modo debido consintiendo en el tratamiento que el médico considera preciso, conminándoles o condenándoles a indemnizar o rebajando su renta o subsidio si lo rehusan? (63).

Las tendencias estatistas, socializadoras a ultranza, estiman que existe una obligación general de cuidar la salud (64) que no es sólo un bien individual y a cargo de cada individuo, sino también un bien social. Si cada uno tenemos una función social que cumplir, puede imponérsenos un tratamiento determinado en aras de la misma. Añaden que el propio enfermo es un mal juez de sus propios intereses, por lo que retrocederá ante un tratamiento necesario pero que resulte demasiado doloroso o en exceso oneroso. Y, en fin, que un estado de enfermedad constituye a veces un eventual foco de infección para las demás personas, por lo que de interés público es evitarlo.

La doctrina liberal ve en el individuo el dueño absoluto de su salud, la que más que obligación integra objeto de un derecho sub-

pósito, implica una aquiescencia a no ser aparentemente sino una mera cosa, durante un período de tiempo más o menos largo, en manos del médico (SAVATIER, *Traité...*, cit., núm. 248, pág. 225). Y, asimismo, huelga advertirlo, cuando se trate de trasplantarle órganos o tejidos, en sus distintas variantes de autoplastia, homoplastia, tereroplastia o aloplastia, ya que puede producir importantes consecuencias jurídicas. Vid. sobre ello R. WANKE, *Trasplatación de órganos y tejidos*, en revista "Universitas", junio 1963, págs. 153 y sigs.; F. MANTOVANI, *I trapianti e la sperimentazione umana nel diritto italiano e straniero*, Padova 1974; A. M. LÓPEZ LÓPEZ, *Problemas jurídicos de los trasplantes de tejidos y órganos humanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1969, págs. 145 y sigs.; G. GARCÍA CANTERO, *Incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho civil español*, en Estudios en homenaje al prof. LÓPEZ RODÓ, Madrid 1972, págs. 305 y sigs., especialmente págs. 309-311, etc.

(63) Cfr. J. PRADEL, *ob. cit.*, págs. 123-125.

(64) Una suerte de envés del llamado "derecho a la salud". Cfr. J. M. AUBY, *L'obligation à la santé*, cit., pág. 7.

jetivo (65), porque el hombre es un fin en sí mismo y no un simple medio. Su libertad no implica riesgo alguno para el Estado, salvo tratándose de enfermedades transmisibles, ya que la indiferencia y la negligencia de los pacientes apenas se dan, máxime en nuestros días de tan extrema sensibilidad en orden a la enfermedad.

La segunda de estas tesis ha sido siempre la preferida de los civilistas, ya en aras del principio de intangibilidad del cuerpo humano —el *noli me tangere* fundamental, con raíces en el Derecho Natural—, ya por un sentido de derecho de propiedad sobre el cuerpo humano (66), ya por la idea de la autonomía o inviolabilidad por la que sólo de la propia libertad depende el propio cuerpo. Pero no sería justo encastillarse siempre en una posición de matiz en extremo individualista. La sociedad, reconozcámoslo, se halla legitimada para imponer ciertas restricciones al principio de sacralidad, de inviolabilidad del cuerpo humano, a fin de salvaguardar imperiosos intereses generales; tales, proteger a los ciudadanos contra las epidemias, permitir a los investigadores la práctica de ciertas autopsias, a los Centros de transfusión sanguínea abastecerse de plasma, aislar a los contagiosos, internar a los alienados peligrosos, tratar a alcohólicos y drogadictos... Todo esto, sin embargo, ha de considerarse excepcional ante la regla general de la necesidad del consentimiento del enfermo a un determinado tratamiento.

El problema de la pretendida posibilidad de imponer una terapéutica, adquiere perfiles más acusados en la esfera laboral; más concretamente, en el marco de la seguridad social. Si el trabajador enfermo o víctima de un accidente de trabajo rehusa ser sometido al oportuno tratamiento para acelerar su curación y consiguiente vuelta a la actividad laboral, ante el señuelo de una más dilatada holganza, una mayor indemnización, etc., ¿cabrá imponerle *a fortiori* ese tratamiento determinado? Se ha dicho que “si una medicina liberal confiere al paciente libertad para aceptar o no la terapia propuesta, una medicina socializada, en cambio, no puede admitir la misma respuesta, quizá por la funcionalización de la salud como derecho y deber, quizá mejor porque el funcionamiento económico del servicio así lo exige” (67). Según nuestro Derecho positivo (68), el beneficiario de la seguridad social deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten y cuando, sin causa razonable, rechaza o abandone el tratamiento que le fuere indicado, podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones

(65) Cfr. LEGA, *Il diritto alla salute...*, cit.

(66) Cfr. J. L. EDDE, *Les droits contractuels relatifs au corps humain*, París 1954, pág. 2; BORRELL MACÍ, *La persona humana...*, ob. cit., págs. 20 y sigs.

(67) Cfr. ALMANSA PASTOR, *El reintegro por utilización de servicios sanitarios ajenos a la Seguridad Social, a la luz de los principios de la Medicina*, en Estudios jurídicos en homenaje al prof. SANTA CRUZ TEIJEIRO, Valencia 1974, I, pág. 49.

(68) Art. 102 de la Ley española de la Seguridad Social.

por invalidez. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir un tratamiento, en particular si éste fuese de tipo quirúrgico o especialmente penoso; bien entendido que la hospitalización por motivos quirúrgicos será obligatoria para el beneficiario (69).

De dicha normativa se infiere que, mediando "causa razonable", cabe la oposición del paciente a un determinado tratamiento, lo que en definitiva constituye tributo rendido a aquella antedicha concepción civilista. La cuestión, sobre la que en otros países existen divergencias jurisprudenciales, discusiones doctrinales, fluctuaciones legislativas (70) y que hasta cabría relacionar con el tema de la medicina militar, se sale del marco del contrato privado de servicios médicos en el ámbito de la llamada medicina liberal, al que dedicamos el presente estudio, razón por la cual no abundamos aquí en su problemática.

2.3.4. En el área de nuestro contrato lo que no cabe en modo alguno es que el facultativo emprenda *de motu proprio* una aventura terapéutica grave y, por ende, casi siempre de incierto resultado sobre el cuerpo del paciente sin su previa aquiescencia, salvo que muy

(69) Art. 104,4 de la Ley española de la Seguridad Social.

(70) En Francia ha manifestado CARBONNIER que si el obrero accidentado rechaza un tratamiento que solo ligeramente, benignamente, incide sobre su cuerpo, comete una falta que limita la imputabilidad de los perjuicios experimentados a causa del accidente; y ello en base a la obligación, que dice pesar sobre la víctima, de hacerse curar. En cambio EDDE (*ob. cit.*, página 22) señala que la víctima de aquel accidente corporal cuya incapacidad, dolor o afeamiento es susceptible de ser reducido por un tratamiento médico o una intervención quirúrgica, no puede evidentemente ser obligada a sufrir ni uno ni otra. Ahora bien, añade éste último, como contrapartida de su negativa al empleo de los medios idóneos y benéficos para la curación, la víctima puede sufrir una reducción de su pensión.

La jurisprudencia ha decidido que tal accidentado no puede rehusar legítimamente el someterse a un tratamiento médico o intervención quirúrgica si unas mínimas condiciones de, por ejemplo, inocuidad, son aseguradas. Así aduce DECOCQ, *ob. cit.*, págs. 196 y 199.

La legislación del mismo país ha consagrado parecidas soluciones en el art. 36 de la Ordenanza de 19 de octubre de 1945; art. 130 del Decreto de 31 de diciembre de 1946, etc. El art. 153 del anteproyecto de nuevo Código civil francés (Libro I, Título I, cap. I, "De los derechos de la personalidad") señala: "Una persona puede siempre oponerse a someterse a examen o tratamiento médico o quirúrgico a menos que se le obligue a ello a virtud de disposición de la ley o de reglamento administrativo público. Sin embargo, si el examen o tratamiento a que se le pide someterse no implica ningún riesgo anormal, pierde, en caso de rechazarlo, el derecho a prevalerse de la enfermedad que el tratamiento habría podido impedir, suprimir o atenuar". Trátase, pues, de una especie de caducidad del derecho a la reparación, como dice la exposición de motivos (Cfr. *Avant projet de Code Civil*. Première partie. Sirey, París 1955, pág. 76).

A veces han sido consideradas razones suficientes para la oposición a un tratamiento, los riesgos o el dolor; y se han citado como ejemplos la ablación de una hernia, la desarticulación de un dedo, una operación en la rodilla, una nefroscopia, etc. (DECOCQ, *ob. cit.*, pág. 229). Y, según RYCKMANS, X. (*ob. cit.*, pág. 393), el trabajador puede rehusar un tratamiento peligroso que no tenga otro fin que reducir su incapacidad laboral.

crasas razones de urgencia le impelan a ello (71). De no mediar tales razones, fácilmente podría deslizarse hacia el plano de dueño y señor de dicho cuerpo y, con la mejor buena fe, con el mejor deseo de obtener un éxito profesional, podría ceder, por ejemplo, a la tentación de experimentar nuevos y aun no bien comprobados fármacos o de aplicar fórmulas originales respondiendo a personales concepciones suyas, en el organismo del paciente que así quedaría relegado a la categoría de hombre-cobaya (72). Y esto que acabamos de decir no queda en el plano de las meras posibilidades; ha motivado decisiones judiciales (73), aparece recogido, por extraño que parezca, en algún llamado Código de deontología médica, como antes hemos dicho y ha pasado a la realidad (74).

(71) Ya hemos indicado que en casos realmente urgentes puede el médico, incluso sin autorización, aplicar un tratamiento peligroso o practicar una intervención; máxime en ausencia de los allegados —protectores naturales— del enfermo. Y ello no solo porque *neccessitas ius constituit* si que también porque cabe presumir que si el paciente se hubiera hallado en estado de manifestar su voluntad, habría autorizado al médico a hacer cuanto necesario fuese para salvar su vida. Tal ocurrirá también en la práctica quirúrgica cuando en el curso de una operación el cirujano constata que la causa del mal no es la que sospechaba, sino otra que provocará la muerte del paciente si, sobre la marcha, no adopta las oportunas medidas, aunque éstas supongan hacer más cruenta, más mutilante, más peligrosa la intervención para la que el paciente otorgó su consentimiento. El interés del enfermo aconseja, impone, no aplazar la solución para una segunda y nuevamente autorizada intervención, cuando el mal haya hecho progresos, el enfermo se halle más débil y los riesgos sean mayores.

(72) J. R. DEBRAY (*ob. cit.*, pág. 78) alude, por ejemplo, al conocido peligro del “encarnizamiento terapéutico” de algunos prácticos que, ante enfermos desahuciados que no pueden sobrevivir, prolongan sin discernimiento su vida cuando han llegado al estado terminal de una afección incurable.

(73) Así han sido declarados nulos los contratos médicos que para el logro de fines tan elevados como el progreso de la ciencia médica preveían determinadas experiencias quirúrgicas de vivisección sobre el cuerpo humano (Sent. Trib. de Lyon, 27 de junio 1913). Pueden verse sobre el tema J. AUDI, *Droit et biologie*, Bordeaux 1952; GIELI, *Presupposti e limiti alla sperimentazione medica nell'uomo*, en Studi sassaresi 1958, págs. 5 y sigs.; ABSE, *I dilemmi della medicina*, Milán 1961 (especialmente sobre el suministro experimental de nuevos fármacos); BERGEN, *Consent in Clinical Investigation*, en The Journal of The American Medical Association, febrero de 1968, núm. 7, pág. 281; SANTORO-PASSARELLI, *Gli esperimenti e i trapianti sull'uomo dinanzi alla legge*, en Studi in onore di E. Volterra, Milán 1971, I, pág. 731 y la bibliografía que hemos citado en la nota 62.

(74) Ello para nadie es un secreto. No hace mucho tiempo algunos jóvenes médicos ingleses, quizá inspirados en las lamentables prácticas de sus colegas nazis en Buchewald, alarmaron a sus compañeros ancianos mediante experiencias sobre sus enfermos al objeto de enriquecer los conocimientos científicos. La denuncia a que dieron lugar ha visto la luz pública gracias al médico americano Dr. MAURICE PAPPWORTH, en el periódico “*Twentieth Century*” y en la revista italiana “*Tempo*”, año XXIV, núm. 47, 1962, pág. 57. Así se acusa que a diecisiete niños hospitalizados a causa de fiebre reumática, diez de los cuales tenían complicaciones cardíacas, se les introdujeron catéteres en el corazón obligándoles así a pedalear en bicicletas. A cuarenta y cinco diabéticos no se les suministró, deliberadamente, insulina hasta que entraron en coma; entre ellos figuraban un niño y un adulto que sufrían abceso pulmonar. Durante la fase peligrosa del experimento se les introdujo por un vaso del brazo un catéter que atravesaba el corazón

Las cosas han llegado en este tema a tal extremo, especialmente fuera de nuestras fronteras, que en el proyecto oficial de pacto internacional para la tutela de los derechos humanos presentado por

y terminaba en la vena principal del hígado, al tiempo que se les ponían varias inyecciones. A diversos pacientes jóvenes hospitalizados por hernia fue suministrada una droga mientras diariamente durante cinco días se les trepanaban los huesos del pecho para extraerles muestras de médula. A los moribundos por tumor cerebral se les extraía líquido céfalo raquídeo tras haberles adormecido con drogas... El Dr. PAPPWORTH escribe que es menester desarraigar ese horror del antihumanismo que está posibilitando en la medicina algún que otro triunfo de la técnica sobre la razón y la humanidad. Nosotros, dice, que creemos en la santidad de la vida humana y en que las justas exigencias del individuo tienen prelación sobre las de la sociedad en que vive, debemos combatir por defender los derechos de todos los pacientes contra los caprichos y las ambiciones de algunos médicos. También los médicos —y la vivisección humana lo demuestra— pueden tornarse sádicos.

Todo ello corrobora que pervive en nuestros días en algún sector de la ciencia la concepción del hombre como *cosa* biológica de la que, incluso displicentemente, puede disponerse. J. ROSTAND, ante los progresos de la moderna biología, piensa que puede llegarse a “la biologisation de l’homme” (Cfr. *La biologie ferat-t-elle la loi?*, en *Revue de Paris*, 1958, pág. 26). Los avances de la biología se han reflejado en la procreación que hasta bien recientemente aparecía como la misteriosa consecuencia de las relaciones íntimas entre hombre y mujer. Hoy se controlan las fuerzas genéticas, las células reproductoras, como ha puesto de relieve, por ejemplo, F. J. AYALA en *El futuro biológico de la humanidad*, en “Arbor”, noviembre de 1972. En ocasiones puede parecer irresistible para el experimentador la tentación de abusar del poder, olvidando que, si desde algún punto de vista el bien de la humanidad parece exigir alguna experimentación biomédica, es indispensable de todo punto respetar los derechos de los individuos para ella elegidos. (Así, la Declaración del Council for International Organizations of Medical Scienze —C. I. O. M. S.—, organismo fundado tras la segunda guerra mundial por la UNESCO y la OMS).

Por principio, la experiencia en el hombre sólo puede admitirse cuando realmente no haya otro medio de procurarle la salud, ya que toda acción sobre el enfermo debe tender, ante todo, a beneficiarle, sin que regla tan fundamental pueda ser violada ni siquiera en aras de la ciencia o de la humanidad (MAURO BARNI y GIORGIO SEGRE, *La sperimentazione dei farmaci nell'uomo*, en *Política del Diritto*, I, 2, oct. 1970, págs. 287-288). La Declaración de Helsinki (1964) elaborada en el curso de la XVII Asamblea de la Asociación médica mundial, bajo el epígrafe “Sugerencias sobre la experimentación en el hombre”, insiste en lo que ya había preconizado la Declaración de Ginebra de la misma Asociación en 1948 —con inspiración en el conocido Juramento de Hipócrates y con la consecuencia de su inclusión, tal cual, en el Código Internacional de Ética médica de 1949—: “La salud del paciente debe ser la primera consideración del médico”. Si a este primer e insoslayable requisito se une el de la importancia que para el bien de la humanidad puedan tener los resultados lógicamente previsibles, se justificará aún más el riesgo, el dolor o incluso las simples molestias inherentes a la experiencia. Pero todavía deberá concurrir el cumplimiento de un último requisito, éste de carácter más jurídico: El del consentimiento del enfermo.

Ha de mediar un consentimiento del enfermo que sea previo, consciente, ilustrado, libremente decidido y claramente expresado. Solo en los casos de excepción a que ya hemos aludido, puede y debe ser concedido por los más próximos familiares. (Así, en Actas de la VIII Mesa Redonda del CIOMS, celebrada en noviembre de 1973 sobre “Protección de los derechos humanos ante el progreso científico y técnico de la biología y la medicina”, actas que, publicadas en 1974, fueron distribuidas por la O. M. S. con sede en Ginebra).

la Comisión permanente a la Asamblea de la ONU, se creyó necesario disponer en un artículo explícito que había de erigirse en norma internacional (el 4.º de la parte 2.ª) lo que sigue: "Nadie será sometido a tortura o a penas o tratamientos crueles, inhumanos o degradantes. En particular se prohíbe someter a una persona contra su voluntad a una experiencia médica o científica que implique para ella un riesgo, cuando tal experiencia no se haya hecho necesaria por su estado de salud física o mental." Obsérvese como este texto, con singular y profunda vecindad, trata de las curas y experiencias médicas, incluso contra la voluntad del enfermo, a propósito de la tortura (75) y obsérvese también que de una simple interpretación *a contrario sensu*, del propio texto se infiere que, en caso de estimarse necesario para la salud del individuo, podría someterse a esa experiencia médico-científica que implicaría riesgo para él, incluso contra su propia voluntad. Fácilmente se echaba de ver lo absurdo,

El consentimiento del individuo sujeto pasivo de la experimentación científica-médica se exigió por vez primera en las normas de protección establecidas en Nüremberg en 1947; y la antes citada Declaración de Helsinki señala que la investigación clínica unida a la actividad médico profesional (terapéutica) es lícita si ofrece la esperanza de ser útil al paciente, si éste ha prestado en la medida de lo posible su propio consentimiento y si, en definitiva, el objetivo de la adquisición de nuevos conocimientos médicos se concilia con el valor terapéutico de la misma investigación. Claro está que tal exigencia de cualificado consentimiento del enfermo, produce al científico la doble contrariedad de limitar notoriamente el número de sujetos que se presten a la experiencia y aun de aminorar en alguna medida la fiabilidad de cierto tipo de ensayos y, con ello, la brillantez del trabajo profesional. Lo que permite sospechar que el requisito del previo consentimiento sea eludido con quizá excesiva frecuencia. (Así, ENRIQUE COSTAS, "*Ensayo en seres humanos*", en "*Crítica*", núm. 633, marzo de 1976, pág. 21).

En España no se hallan reguladas las experiencias en seres humanos y la Reforma sanitaria en curso, si bien prevé la reglamentación de ensayos clínicos de productos farmacológicos, siempre, como no podía ser menos, procura salvaguardar los intereses de los enfermos. (Informe al Gobierno de la Comisión Interministerial para la Reforma Sanitaria, Punto 36). Por el momento, además de las prohibiciones señaladas por las normas deontológicas de rigurosa observancia, el Reglamento de la Organización médica colegial (Orden de 1 de abril de 1967), dispone en su artículo 67 que todo colegiado se abstendrá de ofrecer la eficacia garantizada de procedimientos curativos o de medios personales que no hubiesen recibido la consagración de Entidades científicas o profesionales médicas de reconocido prestigio; así como de emplear para el tratamiento de sus enfermos medios propios de curanderismo o charlatanismo y simular o fingir la aplicación de elementos diagnósticos y terapéuticos. La orden de 12 de noviembre de 1973 establece la "farmacovigilancia" para controlar y vigilar las reacciones adversas resultantes de la aplicación de los medicamentos o especialidades farmacéuticas.

En toda esta materia resulta evidente e irreversible el movimiento de defensa de la dignidad y libertad del ser humano, de la indisponibilidad del hombre por otros hombres, de impedir su cosificación por la ciencia. "El mayor progreso que puede alcanzar el médico no es tanto vencer una enfermedad más, cuanto aprender a tratar a sus semejantes con respeto y dignidad" (JAY KATZ, profesor de Derecho y Psiquiatría en la Universidad de Yale. Cit. por COSTAS, loc., cit., pág. 21).

(75) GIUSEPPE CAPOGRASSI, *L'ambiguità del Diritto contemporaneo*, en el vol. "La crisi del Diritto", Padova, 1953, pág. 29.

lo monstruoso del enunciado de aquel proyecto de declaración que así sacrificaba la libre determinación de la persona humana permitiendo experimentar (75 bis) sobre ella contra su voluntad simplemente porque alguien, que nunca sería infalible, opinase que era necesario por su estado de salud física o mental (76).

Y la alusión a la salud mental nos recuerda los modernos y potentes medios con que la Medicina —y la Policía y la crueldad— cuenta para la exploración farmacodinámica de la psique, como el tan conocido narcoanálisis (77), el tétrico *brainwashing* o lavado de cerebro, o aquellos otros quirúrgicos de la lobotomía cerebral. Modernas y poderosas técnicas que si ciertamente dan la razón a quienes denominan a la Medicina *el cuarto poder* (78), hacer pensar al propio tiempo en que, en manos irresponsables, pueden constituir quizá el más grave y terrible peligro para el hombre aun peor que la muerte —que también la ciencia a impulso de la previsión bélica, de la contaminación, de la velocidad, etc., parece proponerse desencadenar— porque destruye su personalidad reemplazándola monstruosamente con la apariencia exterior que tenía, pero con un contenido sustancialmente distinto, porque constituye la más grave de las mutilaciones ya que transforma las condiciones que influyen sobre el equili-

(75 bis) Pone de relieve LAIN ENTRALGO en reciente trabajo (*Los orígenes de la experimentación biológica*, Valladolid 1976, pág. 24) el origen etimológico del término "experimento" en la raíz indoeuropea *per* que en griego motivó "*peira*, prueba, ensayo o experimento, *peiraō*, intentar algo, aventurarse y *peiratēs*, pirata; y en latín *periri*, y luego *experiri*, ensayar, probar o experimentar, *periculum*, prueba, y más tarde peligro, y *experientia*, *experimentum* y *pirata*; y en castellano, consecuentemente, experiencia, experimento, perito, peligro y pirata. Póngase a este respecto, junto al nuestro, todos los idiomas cultos. ¿No es cosa divertida que etimológicamente tengan que ver entre sí el experimentador y el pirata?". Ante hechos como los que aludimos en el texto, no es precisamente diversión lo que nos sugiere la erudita observación del ilustre profesor, sino triste confirmación de aquella relación etimológica entre experimento peligroso y piratería.

(76) Quizá por ello se hizo desaparecer el segundo inciso del tal principio del definitivo artículo 5.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948: "Art. 5.º Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes". Lo que, a nuestro objeto, ha de complementarse con el art. 3.º: "Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad de su persona."

Y quizá también por lo mismo, el posterior Pacto internacional de Derechos civiles y políticos firmado en Nueva York el 16 de diciembre de 1966, pule aquel Proyecto establecido en su art. 7: "Nadie será sometido a tortura ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos."

(77) Desacreditado el *Pentotal* como medio de narcoanálisis para provocar una confesión (Vid. LOUIS BERTAGNE, *Le mythe du sérum de vérité*, en Cahiers Laennec, 1949), ese y cualquier otro medio de atentado a la personalidad psíquica del sujeto debe ser proscrito. PERLINGIERI, *La Tutela giuridica della "integrità psichica" (a proposito della psicoterapia)*, en Riv. Trim. di Dir e Proc. Civile, 1972, págs. 763 y sigs.

(78) *Médecine, quatrième pouvoir* fue el título del cuaderno "Esprit" de marzo de 1959.

brio espiritual de la personalidad. Gravísimo problema que desborda los esquemas y los conceptos hasta ahora en uso en la ciencia en general y en la ciencia jurídica en concreto (79).

Sí, en el artículo 3.º de la Delegación universal de los Derechos del hombre producida por las Naciones Unidas se lee que todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona; y el párrafo 1.º de su preámbulo señala que el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables, constituye el fundamento de la libertad, de la justicia y de la paz dentro del mundo. Pero lo que hace falta es que tal se cumpla en todos los ámbitos; y éste que consideramos es uno de los más propicios a que no sea así.

En definitiva, y salvo casos de índole aún más crasamente aberrante, de perversidad sin posible paliativo, como los aludidos, ei hacer caso omiso de la voluntad anuente de la persona para aplicarla algún tratamiento determinado implicativo de algún riesgo (79 bis) no es sino resultado en muchos casos de la tan lamentable corriente de opinión que en algunos países hace del sujeto de derechos, de la persona, una mera función social. La salud física, que de siempre ha sido cuestión que afectaba al individuo de modo casi exclusivo, se quiere trocar en un interés más que del dicho individuo, de la sociedad en la que vive y, se piensa, para la que vive. El individuo, la persona, no es ya entonces sino un elemento más en orden al proceso productivo general de la sociedad y el buen estado —la salud— de ese elemento toca, ante todo, al interés público. Ello por fortuna, repetimos, no ocurre tanto entre nosotros (¿todavía?) —no obstante, la multiplicación de vacunaciones obligatorias, de asistencias sanitarias forzadas (80)— cuanto en aquellos

(79) Cfr. CALLIERI, *Neuropsychiatria e libertà morale*, en "Studium", XLVIII, 1952, págs. 182 y sigs., que a su vez, cita el libro de DELAY, *Méthode biologique en clinique psychiatrique*, París 1950 en el que se estudia el empleo de agentes farmacodinámicos "libérant les puissances obscures et chargées de potentiel affectif du subscoscient". Vid. también REVIGLIO DELLA VENEZIA, *Psicocirurgia e trasformazione della personalità*, en Giustizia penale, 1952, I, págs. 235 y sigs. Y sobre la influencia de los biólogos en el futuro del hombre a través de sus manipulaciones en la personalidad, tanto física como psíquica del mismo, P. LUTH, *Schöpfungstag und Mensch der Zukunft*, Düsseldorf - Köln 1965.

Y ¡para qué hablar de las esterilizaciones en masa y, en general, del crimen internacional de genocidio!

(79 bis) Conducta que quizá cupiera entocar con la óptica de los llamados delitos de peligro, que con tanta predilección investigan en nuestro tiempo científicamente los penalistas. Vid. PAVÓN VASCONCELOS Y VARGAS LÓPEZ, *Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal*, México 1966 y, en España, modernamente, ESCRIVÁ GREGORI, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona 1976.

(80) Realmente son excepciones al principio de respeto general de la soberanía de la persona sobre su propio cuerpo los exámenes médicos impuestos por la autoridad pública, por ejemplo, a escolares, reclutas, soldados, aspirantes a suboficiales u oficiales, a trabajadores por los médicos de empresa; las vacunaciones obligatorias contra enfermedades infecciosas (vid. CH. VAILLE y H. GIRAUD, *Les vaccinations en droit et en jurisprudence*, en

otros países en que “el médico ha dejado por entero de ser el fiduciario del enfermo, su cliente, para convertirse en fiduciario de la Nación toda la cual repara en —y a veces contra— el enfermo” (81).

Así; alguien ha reconducido la relación que en tales países se establece entre médico y enfermo al módulo, harto conocido en la medicina militar, del contacto entre oficial médico y soldado enfermo, en que el nexo de subordinación castrense coadyuva a implicar con harta frecuencia la tentación hacia la libre disposición por el primero del organismo físico del segundo (82). Nada tiene de particular que por esta vía se haya negado el carácter de contrato a la relación médico-paciente y se haya pretendido, como en otro lugar dijimos (83), que la fuente de las obligaciones del facultativo ante su enfermo radique en la ley. Si el médico no se considera al servicio del enfermo sino principalmente al de la sociedad (84), si viene obligado a practicar su arte por el poder público, lógicamente huelga toda relación jurídica entre él y el enfermo, quien no pasará de la categoría de objeto al que hay que cuidar en interés de la sociedad que, como medio para obtener sus fines, lo considera. Es evidente la gravedad del asunto en el que se halla en juego no sólo la libertad personal, sino algo más hondo y aún más sagrado, el supuesto básico mismo sobre el que se erige la libertad con todas

Cahiers Laennec, 1959, pág. 41); el posible aislamiento de quienes padecen éstas o determinadas enfermedades mentales... Según el art. 154 del anteproyecto de nuevo Código Civil francés, en el capítulo relativo a los derechos de la personalidad (ed. 1955, pág. 236), se dispone “A nadie se le obliga a someterse a observación médica, pero si una persona rehusa consentirla cuando por petición de la otra parte en un proceso sea ordenada por el Juez, de modo que implique sólo aplicación de métodos corrientes y sin peligro serio para el cuerpo humano, el Juez puede considerar como probados los hechos que la observación tenía por fin constatar”. Lo que indudablemente adquiere relevancia en procesos sobre filiación, prueba de alcoholemia en sangre con motivo de accidente o delito, toxicomanía, enfermedades venéreas, etc.

(81) Así, LATTES, citado por G. LAMI, *L'oumo, questo insetto assistito*, en revista Studium, XLVII, 1951, pág. 102 y sigs.

(82) No hemos querido hacer sino ligera alusión antes de ahora a este supuesto de la medicina militar porque, evidentemente, se halla fuera del contrato de servicios médicos que venimos considerando. Pero es claro que si nos hemos planteado el problema de la imposición de un tratamiento no consentido al enfermo cuya no curación o el retraso de cuya curación perjudiquen a tercero, análoga cuestión aparece en punto al militar enfermo o herido en cuanto pueda ser obligado a ponerse en cura por la autoridad militar a fin de hallarse nuevamente en condiciones de seguir sobre las armas o volver a ocupar puesto activo. La misma obligación general del soldado, el sagrado servicio a la Patria, parece implicar tal secuela. Pero nunca, creemos, la de experimentar sobre él nuevas terapias, quizá arriesgadas, sin su ilustrado consentimiento.

(83) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, cit., págs. 342-344.

(84) Quizá haya sido Alemania el país en que, bajo el nacional-socialismo, más se ha exacerbado y hasta exacerbado esa especie de mesianismo médico. Según WARNEYER, *Arztliche Eingriffe gegen den Willen des Kranken*, en *Der Chirurg*, 1937, pág. 280, un Tribunal del Reich decretó que el médico puede proceder a inyectar al enfermo cierta solución aun contra la voluntad

sus consecuencias, la misma vida y la personalidad humana... (85).

Y el problema puede plantearse en los ámbitos culturales que nos son más afines al socaire primeramente de un movimiento como el de la Seguridad social, el de los seguros sociales obligatorios que, por otra parte, es patente que constituyen un auténtico progreso (86). Es éste indudablemente, junto con el de la reglamentación administrativa profesional, el más amplio camino por el que la Medicina se relaciona con el Derecho Público. En cuanto que el ejercicio de la Medicina atañe a intereses esenciales de la persona humana, cobra, de suyo, los caracteres de un ministerio y adquiere los perfiles de delegación de un servicio público. Y ello viene potenciado en punto al médico integrado en un servicio público institucionalizado tan característico como el de la Seguridad Social. Más aún, tanto si se repara en la moderna tendencia iuspublicista de hacer de los particulares agentes auxiliares de los servicios públicos, cuanto si prosiguen abriéndose camino las tendencias hacia una plena socialización de la medicina (87), nada tiene de extraño que los médicos vengan a quedar integrados en el mecanismo administrativo de la Sanidad nacional, incluso dotado del Departamento del rango ministerial que se propugna. En todo caso, a eludir el planteamiento o a resolver el grave problema antes delineado se contribuirá buscando la armonía entre las exigencias de la asistencia sanitaria y la salvaguardia de la autonomía de la personalidad del paciente (88). Quede claro que el verdadero y directo beneficiario de la asistencia es el individuo, la persona, y que sólo indirectamente y por vía de reflejo lo es la comunidad; que el bien común no es sino resultante de los bienes individuales y que no se hizo el hombre para la sociedad, sino a la inversa, ésta para que aquél desarrolle plenamente sus posibilidades.

del mismo, porque el interés del Estado a la salud del pueblo es superior al que el enfermo puede tener sobre su propio cuerpo.

(85) Por aquel malhadado camino, olvidando que hay un derecho absoluto, fundamental para el hombre, base y condición de todos los demás; El derecho a ser reconocido siempre como persona humana (LEGAZ LACAMBRA, *Humanismo, Estado y Derecho*, cit., pág. 139), podría llegarse a la expropiación forzosa de sangre o de órganos de un sujeto sano en aras del interés público o social que hiciese parecer justificado su transfusión o trasplante a personaje importante de ello necesitado. GANGI, *Personne fische e personne giuridiche*, cit., pág. 177, niega rotundamente la expropiabilidad de cualquier parte del cuerpo humano, aun en casos extremos, como podría ser una transfusión de sangre obligada o justificada por gravísimo estado de necesidad.

(86) Como justificábamos en nuestro trabajo *Familia, alimentos civiles y seguridad social*, Valencia, 1965, págs. 15 y sigs.

(87) Cfr. HATZFELD, H., *La crisis de la Medicina liberal*, Ariel, Madrid, 1965; LUNA DELGADO, J., *Informe: La Medicina privada*, en rev. Triunfo, nov. 1972, núm. 530, págs. 30 y sigs.; CABALLERO, OSCAR, *Autopsia. Chequeo a la Medicina española*, Barcelona 1975; así como los trabajos que dejábamos citados en la nota 9 del presente.

(88) Apreciación fundamental esta última. DECOCQ, ANDRÉ, coloca como ideas capitales de su ya citada obra, *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*, París 1960: 1) El respeto del carácter sagrado de la vida humana. 2) El respeto de la autonomía de la persona humana. 3) La indispensable solidaridad social.

3. Observemos ahora otro de los requisitos esenciales de todo contrato, el objeto cierto que sea materia del mismo (art. 1.261 del Código civil). Como es bien sabido, sólo mediante una elipsis puede atribuirse objeto a un contrato. Objeto de un contrato será el de las obligaciones que éste hace nacer; esto es, el *quid debetur* de los contractualmente obligados, el hecho positivo o negativo que cada contratante puede exigir del otro. Es así como cabe entender el artículo 1.271 y siguientes del Código civil. Y es igualmente sabido cuán fundamental es en el Derecho de los contratos la determinación del contenido de la obligación u obligaciones contractuales. Pues bien, tan excepcional resulta también el objeto del contrato de prestación de servicios médicos que su sola consideración, como condicionadora de todos los restantes hitos de especialidad, bastaría para conferirle un rango distinto y superior al de los restantes contratos usuales.

3.1. Partiendo de la base de que dicho objeto contractual resulta complejo y de difícil determinación, hay que comenzar observando, como en otro lugar dijimos (89), que constituye para el médico una obligación típicamente de medios o de diligencia y que sólo en casos muy concretos puede engendrar una obligación de resultado (90). El médico no se obliga a obtener para el enfermo la curación a ultranza, ni siquiera el alivio o la mejoría de su mal; no garantiza la eficacia del tratamiento o de la operación que emprende. Puede, incluso, que su meta sea evitar la enfermedad aún no contraída. Hoy gran parte de la actividad médica se dirige no tanto o no sólo a curar, sino también a prevenir la enfermedad para evitarla intensificando las prácticas de higiene y profilaxis (91).

(89) GITRAMA GONZÁLEZ, *Configuración jurídica de los servicios médicos*, cit., págs. 353 y sigs.

(90) Cfr. nuestro trabajo citado en la nota anterior, *loc. cit.* Resulta interesante por referirse en concreto a la relación obligacional médico-paciente desde tal punto de vista, MENGONI, *Obbligazione di risultato e obbligazione di mezzi*, en Rivista del Diritto Commerciale, 1954, págs 188-190; asimismo, FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de resultat*, París 1965. Razonan que la del médico es obligación de medios o de diligencia, SAVATIER, AUBY y PEQUIGNOT, en su *Traité de Droit médical*, cit. núm. 310, pág. 290.

(91) Tal profilaxis constituye tarea primordial de los médicos de empresa (Decreto de 10 de junio de 1959 y Reglamento de 21 de noviembre del mismo año), cuya misión no cabe entender de otro modo, vigentes los Seguros de enfermedad y de accidentes de trabajo, como afirmó el XIV Congreso Internacional de Medicina del Trabajo celebrado en Madrid en septiembre de 1963. Los arts. 25 a 30 de la Ley de Seguridad Social, de 28 de diciembre de 1963 (texto articulado aprobado por Decreto de 21 de abril de 1966) regulan los Servicios de Higiene y Seguridad en el trabajo y de Medicina preventiva. Y el Estatuto del personal de dicho servicio ha sido aprobado por O. M. de 5 de abril de 1974.

Finalidades asimismo preventivas trata de obtener el Reglamento Sanitario Internacional aprobado por la XXII Asamblea Mundial de la Salud el 25 de julio de 1969 (inserto en el "B. O. E." de 18 de febrero de 1974), adicionado y modificado por la XXVI Asamblea el 23 de mayo de 1973 (según el "B. O. E." de 1 de abril de 1974); a saber, seguridad contra la

A lo que el médico se obliga ante el ya enfermo es a consolarle, a reconocerle para diagnosticar su morbo y a prescribir o aconsejar todas las precauciones y medidas terapéuticas ordenadas por la ciencia médica, por las reglas y los usos profesionales para el caso de que se trate y en el tiempo en que se actúe (92); así como a continuar sus asiduos cuidados desde el momento en que se comprometió a prestarlos. El contrato en estudio implica para el médico el compromiso de suministrar cuidados concienzudos, atentos, prudentes, conformes a los datos de la ciencia (93). Es decir, debe observar cumplidamente ante todo los deberes de conciencia (a que también le obliga el art. 1.258 del Código civil); proponer y asegurar todos los cuidados combatiendo *ad curationem* la enfermedad con todo el arsenal terapéutico que la ciencia ha puesto en sus manos en cuanto sea deseable en la circunstancia de que se trate; procurar por encima de todo conservar la vida, incluso al tiempo de calmarle el sufrimiento; actuar siempre con corrección y amabilidad hacia el enfermo a fin de levantarle el ánimo; cuidarle con máximo interés cualquiera que sea su situación social (94), los sentimientos personales que por él experimente y su moralidad; no puede, en fin, abandonarlo ni en caso de peligro público, salvo que medie orden formal de la autoridad competente.

En suma, hay que decir que si bien es cierto que el médico pone al servicio de sus enfermos los conocimientos que ha adquirido en el transcurso de su formación profesional y de su experiencia práctica, no lo es menos que —al igual que ocurre en las restantes profesiones, máximo en las humanísticas— estos conocimientos no valen, sino en función de las cualidades personales del sujeto cognoscente,

propagación internacional de enfermedades, con un mínimo de trabas para el tráfico mundial.

Sobre medicina preventiva, señalan LÓPEZ PIÑERO y GARCÍA BALLESTER que los progresos que ha alcanzado la salud de los grupos humanos en el período contemporáneo se deben en escasa medida a la medicina curativa, a pesar de los espectaculares avances que la terapéutica ha conseguido. Mucho mayor es la participación que corresponde a la medicina preventiva... (*Introducción a la Medicina*, Ariel, Barcelona, 1971).

(92) Así JOSSEERAND, *Droit Civil*, 3.^a ed., T. II, núm. 490, 11.º; DEMOGUE, *Traité des obligations*, T. VI, núm. 180; LALOU, *Responsabilité civile*, número 426, etc.

(93) Es la fórmula empleada por la jurisprudencia francesa a partir de la sentencia de *Cassation* de 20 de mayo de 1936.

(94) Decía el insigne doctor MARAÑÓN POSADILLO que al indigente que acude al hospital debe el médico tratarle como si fuese un Caballero de la Tabla Redonda. Cfr. LAFÍN ENTRALGO, *La relación médico-enfermo*, cit. página 210. En parecido sentido, PRADEL, JEAN, *La condition civile du malade*, París 1963. El art. 27, 4, del Estatuto jurídico del personal médico de la Seguridad social española, establece como obligación general de dicho personal "la contribución en el aspecto asistencial, a la elevación de la consideración humana y social en las relaciones con los beneficiarios de la Seguridad social" (Decreto de 23 de diciembre de 1966), lo que se halla en la línea preconizada por CH. BARBE, *Vers une humanisation de la médecine dans les collectivités du travail*, en *Chronique sociale de France*, 1951, página 272.

aparte de necesitar un continuo entrenamiento, una constante renovación y puesta al día (95). Las cualidades propiamente científicas son apreciadas de muy diverso modo por el público que, profano en la materia, al fin y al cabo, se siente incapaz de juzgarlas. Lo que más directamente importa al enfermo o a su familia es, de modo principal, la solicitud, la confianza que el médico inspira, su *diligencia*, cualidades, en suma, que ellos pueden apreciar, que ya en sí mismas poseen un acusado efecto terapéutico y por las que juzgarán a su médico, sobre todo cuando los resultados de la terapéutica no correspondan a las esperanzas en ella puestas por el enfermo.

Hojeando la casuística de responsabilidad civil del médico en Europa, hallamos que en gran número de casos es la falta de dedicación, de diligencia, de solicitud en los cuidados del facultativo, más aún que la falta de comprensión de las exigencias o las necesidades del enfermo, lo que ha provocado el reconocimiento judicial de aquella responsabilidad. Y ello aunque desde el punto de vista estrictamente médico, el daño invocado por la víctima o por sus herederos muchas veces no hubiera podido ser evitado por cuidados más atentos o solícitos. La falta de solicitud, de puesta en juego por el médico de todos los medios precisos para atajar el mal, ha sido siempre juzgada con extraordinaria severidad, no sólo por el enfermo y sus allegados, sino también por los expertos y por los jueces. Y en ello se halla la explicación de no pocas transacciones habidas en las antecámaras de los Tribunales.

Objeto de contrato médico es pues, el diligente y correcto tratamiento del enfermo y no su curación. En la Medicina juega siempre una elevada dosis de probabilismo; aunque el diagnóstico haya sido claro, aunque de suyo la naturaleza tienda siempre hacia la au-

(95) Resulta evidente que el incesante y espectacular progreso de la ciencia médica en los últimos años está afectando tan seriamente a los médicos que para buen número de ellos estar al corriente de las nuevas terapéuticas constituye auténtica obsesión. El mero *estar al día* exige un estudio continuo; la lectura de nuevos libros, de revistas especializadas y hasta de los prospectos informativos que, enviados por los más diversos laboratorios, inundan cada mañana la mesa del despacho del facultativo. Todo ello requiere un tiempo de que éste no puede disponer; no le bastaría tampoco la hora 25. Y piénsese en que existen en la farmacopea española alrededor de 30.000 medicamentos, muchos de los cuales pueden tener contraindicaciones, efectos secundarios nocivos que el médico debe prever al prescribir su dosis.

He aquí la gran preparación que el médico precisa tener y, día a día, mantener; y, sobre todo, el enorme esfuerzo intelectual a que se halla sometido si no quiere abandonarse a la rutina. Cuanto más progresa la ciencia médica, más difícil será la tarea del buen médico, más árido el problema de dominarlo todo.

Y es claro que el médico ha de hallarse dotado de un especial sentido crítico y valorativo para no dejarse ofuscar por las novedades prematuramente, tan pronto aparecen en el mercado, y hasta para oponer la debida resistencia a los enfermos que casi exigen se les recete éste o aquel medicamento que estiman de moda; máxime si amparan su adquisición, económicamente hablando, en el Seguro de enfermedad.

Y ¿qué decir de la creciente complicación de ciertos trámites administrativos cuya existencia, en tantas ocasiones, no puede olvidar el médico?

to curación (96), el pronóstico no puede gozar de una certeza absoluta. De ahí que el médico más que curar promete poner los medios para lograrlo. Obligación de medios la suya y no de resultados. De no ser así, además, se haría imposible el ejercicio de la Medicina, pues, que siempre podrían ser demandados de responsabilidad los médicos por el fallecimiento de sus clientes o el fracaso de un tratamiento; en siendo materia contractual, bastaría probar la no curación para tener derecho a reparación. El facultativo no se atrevería a emprender terapéutica alguna. Tratándose, en cambio, como se trata, de obligación de medios o de diligencia, toca al médico, llegado el caso, probar que cumplió su obligación; y si el cliente estima que tal cumplimiento fue defectuoso, a él mismo incumbirá la carga de la prueba (97). En general, insistimos, el médico no responde de los resultados obtenidos, sino de los medios empleados. Y el objeto del contrato de servicios médicos consiste cabalmente en la prestación de esos servicios o cuidados en cuanto tales; no en el resultado —siempre aleatorio habida cuenta de la incertidumbre de la respuesta de la materia viva— que se obtenga, por más que aquellos medios tiendan al logro del mejor éxito alcanzable.

3.2. En plano de objeto contractual, hay que reconocer también que no se trata con un médico como con quien vende cosas, por más que algún paciente sólo lo contemple como poseedor y vendedor de técnicas; ni siquiera como con otras personas que no dejan de suministrar prestaciones o servicios de orden intelectual: V. gr., profesores, pintores, incluso abogados. Casi puede afirmarse —enlazando con la idea que movió a los juristas romanos a entroncar con el mandato la relación médico-cliente (98)— que todo está fuera de comercio entre médico y enfermo.

Hallamos así, por un lado, nada menos que la persona humana en cuanto objeto directo de los cuidados a suministrar por el facultativo. Si como dijo Protágoras, el hombre es la medida de todas las cosas, mucho más el hombre naciente, enfermo o moribundo, enfrentado con la vida terrenal o con la eterna. El máximo privilegio y la máxima responsabilidad del médico radica en servir al hombre doliente, atendiendo a su complejidad de ser biológico, social y espiritual. El enfermo es, en primer término, un organismo perturbado en su funcionamiento o vulnerado en su integridad física; para el médico empieza cobrando la categoría de *caso* para cuyo estudio científico ha de tomar distancia en busca de una objetividad

(96) “El gran secreto de la medicina, que conocen los médicos pero que ignora el gran público, es que en nuestro organismo casi todo se corrige espontáneamente. No dista mucho de la realidad el dicho de que casi todo mejora a la mañana siguiente” (LEWIS THOMAS, *The Lives of a Cell*, Buenos Aires, 1976).

(97) Cfr. MARCEL NAST, en *Dalloz Periodique*, 1941, I, pág. 53.

(98) Cfr. nuestro citado trabajo *Configuración jurídica...*, págs. 345-347. Realmente pretender tratar a un ser humano en sus dolencias como si fuera un televisor estropeado o un coche que tiene ruidos extraños, sería el fin de la Medicina como vocación, como profesión y como ciencia no exacta.

ajena a la condición íntima del sujeto, toma de distancia que a muchos hace pensar en la insensibilidad del médico. El enfermo también, en cuanto prójimo, es un ser social que acude a otro ser social en busca de una de las ventajas que la sociedad puede dar; la ayuda mutua. He aquí entonces al *cliente* que busca la vinculación sustancial y consiente en la entrega plena al médico que eligió, prendas muchas veces del óptimo resultado final. En tercer lugar, el enfermo en cuanto sujeto anímico espiritual es un ser doliente que necesita asistencia comprensiva y cordial. La dolencia es, brevemente dicho, la certidumbre que tiene el sujeto de estar enfermo (99). En ella se entremezclan componentes psicofísicos, causados por la enfermedad con estados psíquicos y espirituales que son, al menos, como corolarios. He ahí entonces al *paciente*.

Y he aquí que no cabe tratar de la entidad humana del enfermo, no obstante lo que en principio afirmábamos en general, sin referencia a la entidad de la persona humana. Reconociendo en él los predicados y atributos inherentes a su entidad humana, se justifica que su ser entrañe superioridad esencial por encima del valor negativo de su malparada condición biológica. Su aspecto moral le hace acreedor a un trato de especial miramiento como criatura de Dios en infortunio, como ser humano con todo el respeto debido a su dignidad.

Más he aquí que ante tan singular objeto contractual ha de recordarse el artículo 1.271 del Código civil que señala en su párrafo primero que no pueden ser objeto de contrato las cosas que estén fuera del comercio de los hombres. El cuerpo humano y su salud lo están, pero no son cosas y, por otra parte, el párrafo tercero del propio artículo, al disponer que pueden ser objeto de contrato los servicios no contrarios a las leyes y a las buenas costumbres —en lo que enlaza con los 1.116, 1.255, 1.275, etc.— permite afirmar que el contrato de servicios médicos no es ilegal ni inmoral por razón de su objeto. En efecto, ni hay ley que lo prohíba, ni fomenta o persigue un resultado inmoral, ni obliga a realizar actos que, según la moral, deben ser obra de la libre iniciativa del individuo, ni coarta de modo excesivo e inadmisibles la libertad personal del hombre. Ya hemos visto, en efecto, también, cómo el paciente ha de consentir en ser reconocido médicamente y más tarde en la aplicación de la terapéutica propia de su caso; y todo ello en base de la más elemental libertad que él traduce en aquél *noli me tangere* a que ya hemos aludido; esto es, en la idea de la inviolabilidad de su autonomía personal, de su independencia (100). Cada persona,

(99) Recuérdese lo que en páginas anteriores señalábamos en orden a la inicial desigualdad en que en la relación contractual se hallan médico y enfermo; y a propósito de cuándo este último se considera tal. Vid. nota 15.

(100) Idea cuyo mérito alguien quiere atribuir a BOISTEL, en su *Cours de Philosophie de Droit*, T. I, núm. 41 y sigs., págs. 72 y sigs., olvidando que tiene procedencia más antigua y española. Nuestros teólogos y juristas del Siglo de Oro tiempo antes la habían formulado y ampliamente razonado.

cada enfermo, puede así consentir el nacimiento en cabeza de otra de poderes o facultades recayentes sobre elementos de su ser de inferior jerarquía en su propio cuerpo, en interés de aquellos otros que la tienen más elevada (101). Consentirá así válidamente en que un cirujano ampute un pie afectado de gangrena o extirpe un tumor maligno para tratar de salvar la vida, bien el máspreciado de orden temporal (102). De donde se sigue la lógica proporcionalidad que ha de existir entre la propuesta terapéutica y el interés a satisfacer; entre el mal causado y el bien esperado. Pero bien entendido que la propuesta no es de suyo el objeto de la convención, sino su aplicación efectiva a la persona, aplicación en que juegan en modo decisivo las cualidades del facultativo (103).

Por otro lado, en plano de objeto contractual, no podemos eludir la observación de los actos de caridad, de abnegada dedicación, de estricta conciencia profesional que ni se venden ni se compran, pero sin los cuales no se es verdadero médico (104). Pertenecen, ciertamente, a los dominios de la ética; pero también constituyen secuela del contrato médico como demuestra que si en alguna ocasión por su incumplimiento se producen daños al paciente, el facultativo incurre en responsabilidad civil contractual. De ahí que repetimos, la actividad contractual del médico, en cuanto directamente recayente sobre la base somática o psicosomática de la persona humana, no puede compararse a ninguna otra, máxime en nuestros días en que

Vid. para una visión de conjunto CORTS GRAU, *Los juristas clásicos españoles*, Madrid 1948, en cuyo prólogo subraya el autor la rotunda actualidad de aquellos *magni hispani* (pág. 8).

(101) Sobre el particular, además de otros estudios ya citados, pueden consultarse, por ejemplo, los siguientes: PÉREZ SERRANO, *Los actos de disposición sobre el propio cuerpo*, Madrid 1946; LÓPEZ BELENGUER, *Naturaleza y contenido del derecho sobre el propio cuerpo*, en *Anales de la Universidad de Murcia*, 1950-1951, págs. 195-216, y *Derecho sobre el propio cuerpo*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, IV-4, págs. 1577 y sigs.; GENEVIEVE SARVONAT, *Le principe de l'inviolabilité du corps humain en Droit Civil*, Poitiers 1951; ANDRE GEORGEN, *Les droits de d'homme sur son corps*, Nancy 1957; F. CABRILLAC, *Le Droit Civil et le corp humain*, Montpellier 1962; DÍEZ DÍAZ, *El derecho a la disposición del cuerpo*, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1967, pág. 695 y sigs.

(102) Para BORRELL MACIÁ, *ob. cit.*, págs. 46-48, es el fin curativo lo que exonera al cirujano de toda responsabilidad penal en ocasión de las heridas que voluntariamente produce al paciente o de la mutilación a que le somete; lo que, de otro modo, vendría penado en el art. 419 del Código Penal.

(103) Así, como dijimos, en caso de mediar intimidación (art. 1.267 del Código Civil) *ex parte* médica para convencer a un paciente a fin de someterle a una intervención quirúrgica, el consentimiento de éste adolecería de vicio de nulidad (art. 1.268 del propio cuerpo legal).

(104) No hace mucho tiempo publicaba la prensa española el caso de un tocólogo cordobés que, avisado para acudir al quirófano a fin de practicar una intervención a la esposa de un afiliado a una mutualidad, salió tan precipitadamente de su domicilio que en el trayecto cayó fracturándose un tobillo, no obstante lo cual y los dolores que padecía y que le hicieron entrar en el quirófano en camilla, realizó totalmente y con éxito la operación antes de permitir ser él mismo intervenido.

se reconoce el valor sustantivo de esa persona (105). De ahí que se diga de la actividad del médico que implica un sacerdocio —etimológicamente, “enseñanza o función sagrada”— y que efectivamente en los tiempos más remotos, cuando el médico era a la vez sacerdote, se confundieran rito y medicación. Porque el médico tiene algo de ser religioso, *se tiene fe en él*; el enfermo cree en tal doctor y espera que él le ha de curar. Algo sobrenatural tiene en efecto lo que se refiere a los principios de la vida, a la lucha médica contra las fuerzas ocultas del mal en defensa de su paciente, a la acuciante apelación del facultativo a la *vis medicatrix naturae*, mediante su estímulo a través de todos los posibles recursos terapéuticos. Es el momento ético religioso de la relación médico-enfermo (106). El enfermo, que no quiere tanto vivir para estar sano, cuanto estar sano para vivir y obrar. El médico, que en el dilema ayuda-abandono de la parábola del buen Samaritano, siempre se halla predispuesto a la primera acción. Teleología ética que se matiza de religiosidad. La enfermedad aparece, se piensa, porque Dios lo quiso o, al menos, lo permitió. Posee un secreto *quid sacrum* que no induce, sin embargo, al fatalista abandono del paciente. El mismo Jesucristo dio ejemplo con sus portentosas curaciones. Profesión grande y noble la del médico, que hace actividad profesional de la obra de caridad cristiana que es visitar a los enfermos; profesión a la vez triste la suya, siempre atentamente inclinado sobre lo que cada uno de nosotros tiene de más precioso en lo humano, ese soplo de vida que aquél tiene por misión conservar a ultranza (107) a despecho muchas veces de las leyes biológicas que el médico intenta burlar en beneficio de su enfermo con, al menos —ya lo dijimos—, el mismo interés con que el jurista intenta cumplir y hacer cumplir la ley civil (108).

(105) De esa persona a la que en principio parece referirse exclusivamente el Libro I del Código Civil, a juzgar por el epígrafe general que lo intitula, pero que resulta no contener sino 315 artículos en los que se involucra el breve trato de la persona como tal con el más amplio de cuestiones de índole económica. Por ejemplo, los 115 artículos dedicados a la tutela de los incapaces, regulan principalmente la de sus bienes; como que todavía, en buena medida, nuestro Código Civil es, antes que nada, un Código de los bienes o, como dijo AMEZAGA, una reglamentación de la propiedad. Cfr. nuestro trabajo *Nuevo sentido de la propiedad*, Cuaderno núm. 1 de los de la Escuela Social de Valencia, 1960, pág. 10. Así, en el auge espectacular que en nuestros días ha experimentado el Derecho de daños, ya no se restringen las reparaciones a los daños causados a cosas, que eran los que sobre todo vislumbraba el Código Civil, si que la frecuencia e intensidad de las reparaciones de daños corporales muestra la patente toma en consideración de la persona víctima.

(106) Así, LAÍN ENTRALGO, *La relación...*, cit., págs. 443 y sigs.

(107) Decía SÉNECA, “que se me haga manco, gotoso, lisiado, que se me arranquen los dientes movedizos; mientras me quede la vida todo va bien” (*Epístolas*, 101).

(108) Lo que nos induce a pensar que ambas actitudes —humanistas si las hay— rinden en cierto modo tributo a la justicia. Al fin y al cabo lo justo es expresión de la personalidad en la relación humana. Hay un entañamiento personal de la justicia (RUIZ JIMÉNEZ, *Derecho y vida humana*, Madrid 1957).

4. También en orden a la causa, tercero de los elementos esenciales de todo contrato, tras el consentimiento y el objeto según el artículo 1.261 del Código civil, resulta excepcional el contrato de servicios médicos. El concepto de causa, de tan acusados perfiles filosóficos que para algunos resulta extrajurídico, constitutivo de un elemento, a veces, tan difícilmente identificable en ciertos contratos, es objetivado, como sabemos, por nuestro Código civil de modo que en los contratos llamados sinalagmáticos, a título oneroso, entre los cuales normalmente ha de incluirse el que venimos considerando, resulta ser causa del contrato para cada uno de los contratantes la prestación o promesa de una cosa o servicio que recibe del otro (art. 1.274).

4.1. Entendida la causa contractual como la razón de existencia del contrato, resulta ser la contestación a la pregunta ¿por qué se forma el contrato? (109). Referida la cuestión al que venimos estudiando, reparemos en cuál sea la causa de que se inicie la relación jurídica médico-enfermo. Este último es, lógicamente, quien, al sentirse enfermo, toma la iniciativa. ¿Por qué? Fundamentalmente y ante todo para lograr o recuperar la salud, finalidad primordial de toda relación médica a cuyo servicio se ponen los medios —calificables también de fines inmediatos o próximos— de diagnóstico y tratamiento. El enfermo aduce su firme voluntad de sanar, de obtener aquel estado de salud perfecta en que coinciden un sentimiento subjetivo de bienestar con una morfología, una actividad funcional, un rendimiento vital y una conducta manifiestamente normales (110). Recuperar tan halagüeño estado, deseo vehemente del enfermo, es el móvil básico de su recurso al facultativo (111); pero no es el único posible.

En ocasiones lo que lleva al presunto enfermo a la consulta médica es simplemente un deseo de diagnóstico, de saber *lo que tiene* (112); no aspira sino a llenar la primera fase de las dos a que

(109) Si la problemática del objeto obligacional responde a la pregunta *¿quid debetur?*, la de la causa contesta a *¿cur debetur?*; y tal puede predicarse del mismo contrato, fuente de las obligaciones.

(110) En tales términos configura la salud perfecta LAIN ENTRALGO, *La relación...*, cit., pág. 247.

(111) En el que el enfermo ve, sobre todo, el poder. El enfermo observa en el despacho del médico libros de grueso lomo sobre Patología, Fisiología, Diagnóstico diferencial, etc., percepciones que vivencian a éste como poder, lo que le contraponen a la propia vivencia de aquél como no poder. Su recurso al facultativo busca, en pura utilidad egoísta, la restitución de ese poder; cree íntimamente que el médico le solucionará todo su problema como si fuese un padre todopoderoso, ser omnisciente, omnipotente y omnipresente que le ha de defender en su enanística insignificancia.

(112) Síntoma psicopatológico del que acude a la consulta médica suele ser la ansiedad. Al sentirse agredido por el morbo, demanda al médico, ante todo, el reconocimiento o identificación del mal para luego eliminarlo. Vivencia exigente de interpretación, de diagnóstico y de pronóstico. ¿Qué me pasa? ¿Qué me pasará? Miedo a lo desconocido, ansiedad, atosigadora interrogación... Cfr. ODIER, *La angustia y el pensamiento mágico*, trad. esp., México 1961, págs. 59 y 163; BUYTENDIJK, *Teoría del dolor*, trad. esp., Buenos Aires 1965, pág. 28; LAIN ENTRALGO, citando a BLUM, *ob cit.*, pág. 286.

nos referíamos en plano de consentimiento; una vez ilustrado por el médico y en función de lo que le diga *tener*, ya decidirá el paciente en orden a posibles terapéuticas.

Otras veces lo que el enfermo busca al acudir al médico es un refugiarse en la enfermedad; desea se le reconozca como tal enfermo para seguir dado de baja en el trabajo o en el servicio militar o para hurtarse del frente en caso de guerra...; esto es, para continuar estando enfermo, instalado en su enfermedad con cierta seguridad vital.

Quizá el enfermo busque en el médico, sobre todo, compañía, consuelo (113) y hasta una cierta y más o menos secreta esperanza de que las nuevas técnicas puedan curar lo que él sabe o teme incurable.

A veces acudirá al médico sin sentirse enfermo, simulando —más o menos interesada y conscientemente— estarlo, impulsado por un posible trasfondo de, por ejemplo, atracción física o social de tipo personal.

En otras ocasiones se tratará de conseguir una receta que permita adquirir el medicamento —hasta puede que la droga— previamente deseado a influjo de la automedicación y de las propagandas comerciales, en cuanto que el medicamento ha llegado a ser una mercancía como cualquier otra al socaire de la autonomía de las técnicas y de la industrialización farmacéutica; y entonces el médico pasa a ser en la mente del que a él acude, un mero dispensador de remedios.

A las veces el cliente pretende la exploración precautoria, lo que se conoce con el bárbaro anglicismo de *chequeo* —de *check-up*—, fundado en el temor de *tener algo*. Trátase del enfermo posible (114).

En fin, muy frecuente es la impulsión familiar o la coacción so-

(113) Escribió SCHACHTER (*The psychology of affiliation*, Stanford University Press, 1959) que cuando una persona se angustia, casi siempre aumentan sus impulsos hacia la reunión con otros seres humanos en los que busca el consuelo de la comprensión y de la palabra confortadora. La palabra, al tiempo que notifica, fascina (LAIN ENTRALGO, *Teoría y realidad del otro*, Madrid 1968, II, 2.ª ed., pág. 259). La persuasividad de la palabra del médico es, de suyo, terapéutica (LAIN ENTRALGO, *La curación por la palabra*, Madrid 1958) y ya PLATÓN puso de relieve el paralelismo entre Medicina y Retórica observando el efecto purificador o catártico de ambas actividades (cit. por LAIN ENTRALGO, *loc. ult. cit.*, págs. 138 y 176).

(114) Con lo que se relaciona el tan aconsejable examen médico previo al matrimonio al objeto de asegurar unas relaciones conyugales normales y una descendencia sana. Si existen razones legales que se opondrían a la implantación con carácter obligatorio de un certificado médico prenupcial cuyo contenido pudiera significar impedimento matrimonial (Vid. Protocolo adicional del Concordato de 1953 al art. 23 D); GARCÍA CANTERO, *El vínculo de matrimonio civil en el Derecho español*, Roma-Madrid 1959, págs. 129 y sigs. e *Incidencia de la Medicina y Biología moderna en el Derecho civil español*, cit., págs. 313 y 315), nada creemos que obstaría a la fijación entre nosotros de un sistema parecido al que rige en Francia (art. 63,2 del *Code civil*: Ordenanza de 2 de noviembre de 1945; art. 156 del *Code de la Santé publique*), grado mínimo de precaución preventiva.

cial lo que induce y decide al paciente a acudir a la consulta médica.

He aquí, en breve resumen, la amplia gama de los porqués de la iniciativa del enfermo, real, presunto o imaginario, a ponerse en manos del facultativo; los móviles de su iniciar la relación contractual. Sin que quepa omitir que el enfermo puede llegar a hipertrofiar su conciencia de titular de un derecho subjetivo a la salud, ya respecto del médico en el que puede ver solamente un poseedor y vendedor de técnicas de sanar, ya respecto a la sociedad en general (115) a la que considera obligada a su asistencia médica y representada, en el caso, por el terapeuta concreto a quien él se dirige.

4.2. Desde el punto de vista del médico, motivación primaria de la relación jurídica que con el enfermo le une, es ayudarle técnicamente a sanar. El arte de curar se despliega ante todo en un plano filantrópico e implica una vinculación afectiva entre facultativo y enfermo. Aquél busca primordialmente un bien: la salud del paciente. No es otra la esencia del modo de ser médico, de sentir y realizar su condición. Ello puede implicar, de consuno, un bien para la sociedad a la que el médico pertenece y sirve; para la sociedad en general, que no nos referimos ahora al posible cumplimiento por el facultativo de su obligación de funcionario de una institución asistencial. Filantrópicamente busca el médico el bien para el menesteroso y doliente poniendo a contribución, en aras de tal finalidad, sus conocimientos científicos y su dominio de los secretos de la naturaleza.

Pero también puede ser una finalidad acariciada por el médico en su relación con el enfermo, el resolver un problema científico que le preocupa y para el que nadie ha dado aún solución; el afán de conocer lo todavía desconocido en beneficio de la ciencia médica y, en suma, de la humanidad. Fuerte tentación entonces para él y, correlativamente, grave riesgo para el paciente en tema de experimentación en seres humanos, sobre el que ya hemos versado en páginas anteriores.

Otras veces será legítimo señuelo del facultativo el acrecentar su prestigio profesional mediante un éxito terapéutico propio, mediante una victoria técnica sobre el desorden de la naturaleza.

Y, en fin, dentro de las motivaciones del médico en su actuar profesional ocupa un lugar lógicamente destacado el lucro económico. Su profesión es su *modus vivendi* y, por ende, legítima ha de considerarse tan humana finalidad. Lo único recusable del afán de lucro, como del de prestigio, es que se erija en motivo primario y decisivo de la actuación médica, que se exacerbe hasta convertir a la profe-

(115) Es bien sabido que el acogido al Seguro de Enfermedad, sintiéndose a veces demasiado consciente de sus derechos de cotizante, exige...

sión en mera técnica lucrativa y a la amistad hacia el enfermo en simple amabilidad táctica (116).

He aquí el conjunto de móviles que, tanto a enfermo como a médico, conllevan hacia el contrato de servicios médicos. Son los porqués de la relación contractual. Pero el Derecho no puede tomar en consideración todas las razones, a veces ocultas y complejas, que determinan a las partes a realizar el contrato, a cada deudor a obligarse. Pueden ser personalísimas e incognoscibles para la otra parte; y el error en cualquiera de ellas implicaría nulidad o anulabilidad contractual.

4.3. Por eso, cuantas hemos apuntado, tanto en orden al enfermo como en orden al médico, más que causas del contrato son motivos del mismo: móviles indirectos o remotos o impulsivos; fines psicológicos, individuales, personales, *finis operantis* y, por lo general, jurídicamente irrelevantes. Mientras que la causa en sentido jurídico alude a condiciones de fondo, al fin inmediato, directo o próximo que se proponen obtener los que contratan; fin objetivo, jurídico, *finis operis* que viene potenciado por la objetivación que el ordenamiento jurídico efectúa, según decíamos poco ha (117). ¿Por qué se realiza el contrato de servicios médicos? En un plano formal y extrínseco, aunque quizá incompleto, es indudable que, para el cliente, el reconocimiento, el diagnóstico, la propuesta o prescripción del tratamiento adecuado, los servicios propiamente médicos, en suma, son contraprestación —a la luz del art. 1.274, antes citado, del Código civil— del pago que él hace de los honorarios correspondientes, aunque este pago, según costumbre establecida, sea posterior. Y viceversa para el médico. No otra cosa ocurriría en todo contrato a título oneroso (118). A aquellos servicios ya nos hemos

(116) Si se ha dicho que “el litigante utiliza al jurista como legisperito y éste al litigante como fuente de lucro” (LAIN ENTRALGO, *Teoría y realidad del otro*, cit., II, pág. 242) tal podría, *mutatis mutandis*, predicarse en el seno de la relación médico-enfermo. Pero lo cierto es que no siempre es así, ni en un caso ni en otro. El sentido de la justicia en el hombre de Derecho y el de su humanitaria vocación en el médico han de elevar su respectiva actuación a un plano más íntimamente interpersonal, comprensivo y amistoso.

(117) Lo decíamos al comienzo de este núm. 4 de nuestro estudio. El Tribunal Supremo ha distinguido con profusa reiteración y notable exactitud entre causa y motivos; v. gr., en sentencias de 5 de marzo de 1924, 2 de abril de 1941, 17 y 24 de marzo de 1956, 23 de noviembre de 1961, 20 de enero y 4 de octubre de 1965, etc.

(118) No queremos pormenorizar en este lugar planteándonos la problemática a que en el contrato en estudio puede dar lugar la *objetivación* o causalización de los motivos en aras de la regla moral en las obligaciones civiles que, de mano maestra, estudió G. RIPERT (vid. nuestra nota 61), o del respeto a la ley y que permite configurar la ilicitud causal al socaire del art. 1.275 y también del 1.116 del Código civil (Vid. TORRALBA SORIANO, *Causa ilícita: Exposición sistemática de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1966, págs. 661 y sigs.). Piénsese, por ejemplo, en las maniobras abortivas, las esterilizaciones de complacencia, la eutanasia, etc., supuestos todos que, más que en la fisiología, se integrarían en la patología del contrato en estudio.

referido con cierta amplitud (119). Refirámonos ahora a los honorarios.

4.4. En principio, como hemos dicho, los servicios médicos han de ser suministrados por el facultativo por mera solidaridad humana cada vez que aparezcan como necesarios y urgentes, sin subordinarlos absolutamente a remuneración alguna; que el ejercicio de la medicina, en cuanto ministerio, no puede ser practicado como un comercio (120). Pero lo cierto es que la profesión de médico, por la fuerza misma de las circunstancias, hace tiempo que dejó de ser, y sin duda para siempre, del todo desinteresada. Engranada en la estructura social de nuestro tiempo, erigida en medio de vida para el profesional y su familia, forzosamente había de patrimonializarse. Por elevados, por confidenciales incluso que sean los servicios que el facultativo preste, aunque no puedan ser justipreciados en sus delicadas matizaciones porque, paradójicamente, hayan de entrar en su apreciación entidades realmente inestimables, es un hecho ineluctable la patrimonialización de la profesión médica como la de todas las llamadas liberales. El médico, sin duda vocacionalmente desinteresado, ha de ser remunerado en sus servicios (121), aunque delicadamente, lo sea, desde la antigua Roma para acá, no bajo forma de sueldo, precio o salario, sino bajo la más aristocrática de honorarios, como más adecuada a su dignidad (122).

(119) Conocida es de los juristas la dificultad de la distinción entre objeto y causa contractuales. Una distinción de urgencia formulábamos en la nota 109 de este estudio, pero lo que se debe —objeto— es por lo que se contrata —causa—. Precisamente por tal dificultad, esgrimida por los anticausalistas, los neocausalistas acentúan la distinción entre causa y objeto insistiendo en el aspecto psicológico, subjetivo, de aquélla (CAPITANT, JOSSE-RAND, RIPERT, etc.), lo que da pie para erigir la teoría de la causa de los contratos en vehículo para la moralización del Derecho, mejor, de la vida jurídica, por más que ello implique una interpretación correctora del art. 1.274 del Código civil y una cierta mezcolanza entre causa y motivos. De ahí que la causa contractual, a más de existir, haya de ser verdadera y, sobre todo, lícita (arts. 1.275 a 1.277 del Código civil).

(120) No es otro el sentido, por ejemplo, de los arts. 5, 11 y 35 del Código francés de Deontología médica. Y no olvidemos que el Código penal español prevé y castiga el delito de denegación de auxilio, en que puede incurrir cualquiera (*De la omisión del deber de socorro*. Art. 489 bis). Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, *La omisión de socorro en el Código penal*, Madrid 1966.

(121) A ello nos referimos más ampliamente en nuestro citado trabajo *Configuración jurídica de los servicios médicos*, págs. 336-337. Vid. también PERREAU, *Eléments de jurisprudence médicale*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1914, pág. 490.

(122) Cfr. nuestro trabajo últimamente citado, págs. 346-347. Según la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, los servicios intelectuales han de ser necesariamente retribuidos, salvo pacto contrario (Sentencia de 15 de diciembre de 1917). Para ENNECCERUS-LEHMANN (*Tratado de Derecho civil*, II, 2.º, pág. 233) “la remuneración se considera convenida tácitamente cuando, a tenor de las circunstancias, la prestación de los servicios sólo es de esperar a cambio de una remuneración, lo cual ha de resolverse teniendo en cuenta especialmente los usos del tráfico, la posición personal y la manera corriente de actuar el obligado al servicio y las relaciones de los interesados entre sí”. No es otro el criterio de nuestro Tribunal Supremo manifestado, no sólo

La cuantía de tales honorarios, respetando la libertad de contratación que preconizan los artículos 1.254 y siguientes del Código civil, no se encuentra, en general (123), sujeta a tarifa. En caso de impugnación por excesivos, lógicamente habrán de ser calificados por la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio Oficial de médicos respectivos. Nada se opone a que la remuneración debida al médico sea determinada anticipadamente, ya mediante la llamada *iguala* (convención por la que el facultativo se obliga, mediante tal remuneración determinada, a prestar todos los servicios médicos necesarios a las personas previstas en el pacto, por ejemplo, los miembros de una familia, durante cierto tiempo), ya mediante una especie de *forfait* (en que el médico fija anticipadamente la cuantía de sus honorarios para el tratamiento de una enfermedad determinada —lo que es raro entre nosotros— o para una concreta intervención quirúrgica). Pero por regla general, el médico fijará libremente —por lo común al dar de alta al enfermo o terminar, cualquiera que sea el modo, su actuación— el montante de sus honorarios, fijación que sí, de una parte, puede ser elevada para subrayar el prestigio, la dignidad y la independencia del facultativo, de otra debe moderarse en aras del desinterés con que la profesión médica ha de ser ejercida (124). Alto grado de moralidad exige la conciliación de am-

en la Sentencia antedicha, si que también en las de 18 de octubre de 1899, 5 de diciembre de 1925, 3 de marzo de 1926, 14 de mayo de 1929, etc.

Es cierto que puede no predeterminarse la cuantía de los honorarios. Entonces las normas legales sobre las obligaciones recíprocas no autorizan a que por el acto de una sola parte se fije la remuneración o precio (arg. ex arts. 1.256, 1.449 y 1.690, 2.º del Código civil), sino que ha de ser de mutuo acuerdo de los contratantes, pero normalmente se realiza mediante la autorizada presentación de minuta por el médico —que puede considerarse amparada en las últimas palabras del art. 1.273 de aquel cuerpo legal— impugnabile por el paciente o por sus herederos si parece excesiva, calificándola en el caso la organización médica colegial y resolviendo, en definitiva, si a ello ha lugar, la autoridad judicial. Los arts. 12, 427 y 428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, aplicables a los honorarios de Letrados, marcan la pauta atendible.

El Tribunal Supremo tiene también declarado que existe precio cierto —ex art. 1.544 del Código civil— no sólo cuando esté expresamente pactado, sino también cuando es conocido por la costumbre y uso frecuente en el lugar en que los servicios se prestan (Sentencias de 18 de octubre de 1899, 27 de diciembre de 1915, 5 de diciembre de 1925, 3 de marzo de 1926, 8 de julio de 1927, 9 de octubre de 1928, 3 de junio de 1929, 14 de noviembre de 1929, 11 de julio de 1940, 10 de noviembre de 1944, etc. Aunque en sentido contrario la de 8 de enero de 1909).

(123) Hay disposiciones esporádicas. La Orden del Ministerio de la Gobernación de 29 de mayo de 1961 atribuyó la regulación de los honorarios médicos en los Municipios clasificados como partido cerrado, al Gobernador Civil de la Provincia; fijó la cuantía de las igualas, las tarifas de los servicios médicos extraordinarios y las de los servicios a vecinos no acogidos a igualas que opten por el abono individualizado de honorarios por cada acto médico. Otra Orden de 25 de junio de 1973 actualiza las tarifas de honorarios por acto médico en la Seguridad Social.

(124) Cítese como arquetipo de fallos judiciales en este sentido el del Tribunal de Bruselas de 25 de abril de 1931. Cfr. *Pandectes periodiques*, Recueil belge de jurisprudence et de législation, Bruselas 1931, núm. 167.

bas ideas, máxime en el mundo metalizado de nuestros días y sin olvidar que para algunos enfermos el aspecto pecuniario de su relación con el médico priva sobre cualquier otro; el crédito de honorarios les parece anormal, *contra natura*, como la misma enfermedad que dio lugar a él y cuyo recuerdo resucita.

Es claro que los elementos de apreciación a tener en cuenta para minutar serán la naturaleza e importancia de los servicios prestados, el número de visitas o actos médicos, la distancia desde la sede del facultativo si éste ha debido desplazarse, la gravedad o complejidad de la enfermedad, el resultado de los servicios médicos, la notoriedad y prestigio del médico y el estado de fortuna y situación social del enfermo (125). Y huelga recordar que la prescripción del crédito de honorarios es la trienal (126) por aplicación del artículo 1.967 del Código civil.

4.5. Todo lo que acabamos de exponer hace referencia, repetimos, a la causalidad contractual en plano formal, objetivo y extrínseco, *ex* artículo 1.274 del Código civil. Pero desde un punto de vista más interno, más cálidamente humano, las respectivas situaciones de médico y enfermo implican otra característica extraordinariamente significativa que recoge aquella definición del contrato médico, según conocida y bella fórmula, con la frase *una confianza al encuentro de una conciencia*. A la confianza que el paciente deposita en el facultativo corresponde éste con la floración de sus sentimientos benéficos; esto es, vocacionales; con el despliegue de su abnegado sacrificio en orden a la voluntad de ayuda técnica, de misericordia ante la aflicción y el menester; de pasión por vencer a la naturaleza desbocada; de obtener el mejor resultado posible para el enfermo... servicios todos estos realmente inestimables y que sólo en frutos espirituales —gratitud, reconocimiento— pueden ser justamente recompensados (127).

[125] Cfr. sobre el particular X. RYKMAN, *Les droits et les obligations des médecins*, cit., págs. 201-212.

[126] Vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 1 de junio de 1926, 7 de noviembre de 1940 y otras, terminando la vieja polémica doctrinal al respecto.

[127] No hay que olvidar que el estudio crítico de los fallos judiciales sobre responsabilidad civil médica no suministra material estadístico sobre los actos de consagración de un facultativo a un enfermo, sobre los cuidados técnicos absolutamente gratuitos, sobre las dejaciones o rebajas de honorarios. Es sumamente aleccionadora aquella anécdota que refiere L. KORNPROBST en su *Responsabilités du médecin devant la loi et la jurisprudence françaises*, París 1957, pág. 20, nota 21: Un anciano médico, al final de una carrera de dedicación plena a su profesión y a sus enfermos, sintiéndose fatigado preguntó a un importuno que venía de madrugada a sacarlo de su cama, si tenía dinero: al oír respuesta afirmativa, le dijo: "Pues entonces vaya V. a buscar al médico nuevo. Yo estoy demasiado viejo para levantarme a estas horas por alguien que puede pagar."

Frecuentemente se desea olvidar la ingratitud de cierta clientela que reprocha al médico no haber curado gratuitamente males que parecían benignos después de curados o que parecen mal curados si la curación llega tarde o, fatalmente, no llega. Es el clima en que surge la desconfianza, en que se cambia de médico como de ropa y en que se murmura de él; es el clima:

Reparemos en el requisito, a ojos vistas causal, de la confianza. En efecto, las relaciones contractuales en estudio se establecen, mas que en el plano de la negociación patrimonial en el de la confianza. En tanto que en la generalidad de los contratos ordinarios cada una de las partes se contraponen a la otra en la defensa de sus respectivos intereses, en el contrato médico una de las partes, haciendo un verdadero acto de fe, encarga y confía a la otra la defensa de los suyos. La profesión médica es una profesión liberal —así la venimos estudiando— fundada sobre la confianza. De ahí la importancia de la libre elección del médico por el enfermo (128). Cuando el enfermo va a consultar con un médico, profesional libre, se dirige a aquél que determinan las contingencias locales si el número de los mismos es limitado o si la consulta con otro distinto ofrece demasiadas dificultades. Pero cuando tiene la posibilidad práctica de elegir entre varios —lo que, salvo en algunas zonas del agro es hoy regla general dada la plétora profesional— se dirige a aquél hacia el que le conduzcan sus simpatías, su intuición, la concepción que se ha hecho de su dolencia o incluso las opiniones o recomendaciones de parientes o amigos. El paciente elige así a su médico por razones diversas, pero la principal de las cuales ha de ser, sin duda alguna, un título de confianza particular (129).

Es que la existencia misma del contrato médico descansa sobre una base fiduciaria, la confianza del enfermo hacia el facultativo, confianza como del ignorante en el sabio, como del desorientado en el consejero íntimo, confianza tan ciega como la que tiene por soporte el hecho mismo religioso, pues que, repetimos, todo aquello que se refiere al cuerpo humano ha adquirido en todas las épocas y en todas las latitudes un algo de misterioso, de místico, de sagrado.

en que suelen surgir las demandas de responsabilidad civil médica. Si fueron vanos los esfuerzos del facultativo y triunfó la enfermedad, pocos se conforman con la fatalidad; inculpan al médico y si su demanda no prospera es porque los peritos —facultativos también, al fin y al cabo— han sido parciales en favor de su colega o porque el juez no ha comprendido o no ha querido comprender. Menos mal que aun quedan muchas gentes —mayoría en nuestra patria— para quienes los honorarios médicos remuneran algo más que el pequeño rectángulo de papel blanco en que el facultativo escribió —con su grafía tradicionalmente casi ilegible— la fórmula antes, ahora el nombre complicado y misterioso del medicamento que acabó con el morbo o, al menos, alivió la salud. Conscientes de que si el hombre propone es Dios quien, en definitiva, dispone; se hacen cargo de que lo acaecido, salvo caso de todo punto excepcional, no tenía remedio y de que el médico ha hecho cuanto en su mano —en la de la ciencia— estaba para impedirlo.

(128) Problema que, dicho sea de paso, deberá resolver en la práctica todo Seguro de Enfermedad, libre u obligatorio. Recuértese lo que expusimos *sub* 2.2.

(129) Creemos que es evidente que el factor fundamental del éxito de los curanderos radica en su hábil captación de la fe, de la confianza de quienes a ellos acuden. El enfermo se pone en manos del curandero cuando pierde la fe en el tratamiento médico. Siendo aquél buen psicólogo, por regla general, crea a su alrededor un clima favorable; a fuerza de infundir esperanza se gana la confianza de sus pacientes a los que imbuye la fe en el retorno a la salud. Fe, confianza, esperanza... importantes prendas de curación.

Si, como es sabido, en las tribus primitivas y aun en las salvajes de nuestro tiempo, se imaginan concentrados ciertos poderes sobrenaturales sobre el brujo, el hechicero, ¿no se habla por doquier y con razón del sacerdote y del ministerio médicos? Hasta, como alguien observó, la misma concurrencia del médico y del sacerdote a la cabecera del enfermo grave, del moribundo, sugiere el paralelismo de sus misiones respectivas y la descarnada intimidad de lo que a uno y a otro se manifiesta: confianza en ambos, en el uno en orden a la vida temporal, en el otro en punto a la vida eterna.

La amistosa relación del enfermo con el médico, se especifica y estriba en la confianza de que éste le ayudará a recuperar su salud. Siempre cabe, claro está, la posibilidad de que el curso de la enfermedad empeore o de que el médico no acierte en su diagnóstico, en su pronóstico, en su terapéutica; pero la firme base de la relación jurídica médico-paciente es la confianza: confianza en las abstractas posibilidades de la Medicina y de sus cultores al amparo de los incesantes avances técnicos producto de la investigación científica; confianza en los saberes y técnicas médicas del facultativo elegido; confianza en las dotes personales del mismo. Y, como resultado de todo ello y de la indudable previsión que todo ello comporta (130), la confianza se traduce en confidencia. El enfermo se manifiesta confidencialmente con el médico —como médico y como persona—; sin reticencia alguna le expone todas sus miserias (131) y es precisamente de esa confiada intimidad —porque gracias a ella vence el innato pudor a desvelarlas— de donde se infiere la paridad del secreto de quienes, al conocerlas, reciben algo de los atributos de una personalidad confidente, de una personalidad que, entre sus derechos innatos, posee el que recae sobre la esfera de su intimidad personal (132).

(130) Decía EPÍCTETO (*Discursos*, libro II, cap. I, secc. 7.^a) que confiamos porque somos precavidos.

(131) Precisamente entre las que han de considerarse principales obligaciones del enfermo se halla la de dar a conocer al médico su historial, su anamnesis o sintomatología de modo completo y sin reticencias. De hecho, la restricción mental que muchos enfermos usan, sustrae al facultativo un caudal de elementos de apreciación muy útiles y a menudo indispensables que éste en la práctica no siempre tiene tiempo de captar provocando dialécticamente su confesión.

(132) Para la moderna doctrina científico jurídica es siempre confidencial y reservado cuanto se refiere a la intimidad de la vida privada, que debe ser inviolable frente a las intromisiones e indiscreciones ajenas. Es el *right of privacy* de los anglosajones; el *Recht des Privatn an der eigenen Heimisphäre* de los alemanes; el *diritto alla riservatezza* de los italianos... Cfr., entre muchos (algunos citados en nuestra nota 35), CASTÁN TOBEÑAS, *Los derechos de la personalidad*, en Rev. Gral. de Leg. y de Jurispr., 1952, julio-agosto, separata, pág. 55; y, más en especial, IGLESIAS CUBRIA, *El derecho a la intimidad*, discurso inaugural del año académico 1970-71, Universidad de Oviedo y Georgina Batlle Sales, *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy 1972, así como nuestro trabajo citado en la propia nota 35 en cuyo núm. XIX planteamos la problemática del derecho a la reserva de la vida privada, con abundante bibliografía.

No vamos a tratar aquí en extenso del deber, de gran importancia entre

Es que justamente la mística que rodea la relación médico-paciente que consideramos —mística en orden a ministerio y mística como referente a lo espiritual y contemplativo— asigna a dicha relación un valor sentimental y afectivo que incluso priva sobre el

los del médico, del secreto profesional. A más que jurídico privado, es deontológico y de orden público, por cuanto implica de depósito de una parte de la confianza, no sólo individual si que también social en el facultativo, constituyendo uno de los más delicados temas del Derecho penal. Aparece regulado con rara perfección por el Código de Deontología médica aprobado por el Consejo Superior profesional de Bélgica en 1950. Cabe, sin duda, que el médico que vulnera ese secreto profesional y, por hacerlo, irroge lesión moral o patrimonial al paciente, sea considerado responsable civil y, por ende, obligado a la oportuna indemnización que cuantitativamente fijarán los Tribunales.

Con todo, hay que advertir que las primeras excepciones a la norma de carácter absoluto del secreto médico encuentran su fundamento en el propio Código civil. Por ejemplo, siendo nula la renta vitalicia constituida sobre la vida de una persona que se halle padeciendo una enfermedad que llegue a causar su muerte dentro de los veinte días siguientes a la fecha del contrato (art. 1.804 del Código civil), resultará ineludible el dictamen al respecto del facultativo. Lo propio ocurrirá a la hora de discernir que el testador se halla en su cabal juicio al testar (arts. 663 y sigs.); o en orden a la imposibilidad física del marido para tener acceso con su mujer, respecto a la filiación legítima (art. 108,2), etc. Y si bien el secreto tiene por fundamento el interés del enfermo y el de la profesión médica, debe ser excluido en cierto número de hipótesis, v. gr., en los litigios sobre responsabilidad cuando el propio enfermo o sus herederos demandan de resarcimiento al médico imputándole conducta lesiva por acción o por omisión; o cuando el médico constata que el enfermo es víctima de un delito, cual puede ser una tentativa de envenenamiento, en cuyo caso el silencio más que al enfermo protegería al criminal; o cuando, en general, exista el deber de efectivamente testificar ante los Tribunales de Justicia o de denunciar a las autoridades o Jefes militares las enfermedades infecciosas que hagan peligrar la salud pública o del Ejército; o calificación de una muerte como no natural sino violenta; o en caso de conveniencia o necesidad de confiar a los propios auxiliares del médico las indicaciones precisas para llevar a cabo el tratamiento, máxime si se trata de un régimen hospitalario, residencial o análogo (que el secreto profesional en el estado actual de la medicina es normalmente no un secreto individual sino compartido entre varios: Patólogo general o internista, radiólogo, analista, especialistas... cuantos integran el trabajo de hacer medicina en equipo lo que ha dado lugar a los códigos cifrados con letras clave para cada enfermedad como medida preventiva ante la indiscreta curiosidad de los profanos); o en caso de consulta de varios médicos, etc. Por lo que hace al antedicho deber de testificar hay que hacer, a nuestro juicio, la salvedad de que el médico no puede ampararse en el secreto profesional para considerarse exento tratándose de una causa penal y siendo pertinentemente preguntado por la acusación, la defensa o el juez; por el contrario, sí podría hacerlo en un pleito civil, acogiéndose al art. 1.247, 5.º del Código civil.

Otro aspecto del secreto médico es el relativo a la obligación del facultativo de no transmitir las informaciones concernientes al enfermo, sino a éste mismo siempre que se halle en la plena posesión de sus facultades mentales, lo que plantea el delicado problema de hasta dónde ha de observarse el deber del secreto respecto a cónyuge y próximos parientes del paciente. Vid. GALLARDO RUEDA, *El secreto profesional del médico ante el Derecho*, en Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Madrid, núm. 133; LUCIEN MARTÍN, *Le secret de la vie privée*, en *Revue Trimestrielle de Droit civil*, 1959, págs. 227 y sigs.; JEAN MALHERBE, *La vie privée et le Droit moderne*, París 1967, págs. 31 a 48, etc.

puramente intelectual o profesional (133). En la tarea médica ha de participar tanto o más el corazón que el cerebro del facultativo. Su campo de acción es el del consejo íntimo, la prudente dirección, la influencia espiritual a través de una amistosa comunicación anímica. El que sufre anhela que se le atienda; sabe que el médico no dispone de mucho tiempo, pero necesita de él una atención humana que viene a ser complemento trascendental de la observación clínica; quiere sentir el consuelo de una voz amiga que escuche y calme sus tribulaciones de doliente (134). He aquí en buena medida el porqué de la extraordinaria dignidad de la venerable figura del médico de cabecera, confidente hasta la más recóndita intimidad de su paciente, director de la vida de éste no ya sólo en lo meramente fisiológico, sino hasta en alguna manera en lo psíquico del mismo (135). He aquí al propio tiempo, lo que puede permitir al fa-

(133) Bien lo resalta LAIN ENTRALGO, *La relación...*, cit., págs. 349 y sigs.

(134) Por lo que el médico debe ser para con él natural, prudente, cordial, templado de inclinaciones y humilde para, como diría GABRIELA MISTRAL, "hablar a los hombres, tus hermanos, en la penumbra de la tarde para que se borre tu rostro, velar tu voz para que se confunda con cualquier otra voz...".

(135) El médico de cabecera, el venerable médico de cabecera, es el profesional que más se identifica con el cliente y con toda la familia de éste; el que más a fondo conoce todas sus interioridades, sus individuales temperamentos, sus reacciones, sus necesidades físicas y morales. Y ello no sólo por el trato continuado a través de años, sino también y, sobre todo, porque al médico de cabecera no se le puede engañar. No se le engaña, porque ello iría contra la salud del paciente que lo intentase, consciente de que si no informa de la verdad al médico éste no podría curarle; pero, además, porque en los momentos de angustia, ante el peligro de la muerte, no hay disimulos posibles y la esposa en peligro inminente de enviudar y los hijos acongojados no pueden ocultar la verdad y hablan con absoluta sinceridad conversaciones que el médico escucha y por las que, sin quererlo, se entera de tragedias ignotas, de miserias ocultas, de las buhardillas de los seres humanos. La conclusión es la de que, como bien saben nuestros médicos, se trata mejor al enfermo que se conoce bien, porque aparte de haber vivido su *historial clínico*, se le cuida adecuadamente la moral y porque tal conocimiento directo proporciona interesantes datos que nunca podrá revelar el tubo de ensayo del laboratorio.

El auge del especialista —y el de la seguridad social, como antes de ahora hemos indicado— va haciendo desaparecer el entrañable arquetipo del médico de cabecera. Es evidente que la confianza que el especialista inspire y la razón por la que el enfermo acude a él, se fundará, al menos en principio, en su más alto grado de cultura científica y técnica dentro de un marco de extensión más reducida que el de todo cultor de la medicina general. No se espera de él una serie de milagros, pero sí un diagnóstico, un pronóstico y un tratamiento de cada situación en que los elementos de incertidumbre se vean reducidos al mínimo. La clientela se considera entonces con derecho a ser más exigente.

Pero la especialización a ultranza, esa especialización signo de nuestro tiempo hacia la que parecen conducir inexorablemente los incesantes y ya prácticamente inabarcables avances, progresos, descubrimientos de la ciencia médica en todos sus ámbitos de saber —ese saber cada vez más sobre cada vez menos, como alguien dijo—, parece poder conducir, a su vez, a una deshumanización bien digna de lamentar. Para sortear los inconvenientes del puro especialismo, principalmente el de la parcelación de la indivisible unidad del enfermo, puede servir el moderno trabajo en equipo (al que ya

cultativo en cierta medida una mayor libertad de actuación para ejercer su ministerio eximiéndole de dar amplios pormenores de tipo técnico a aquél y de motivarle de modo exhaustivo las propuestas que le formule o las eventuales decisiones que crea deber adoptar (136).

Esa relación de amistosa confianza, de al menos parcial intimidad que se erige en centro del contrato de servicios médicos, confianza en la ciencia y en la conciencia del facultativo, es, huelga advertirlo, otro de los caracteres que dotan de singular excepcionalidad al contrato en estudio. Ciertamente que el ejercicio de numerosas de las profesiones o artes llamadas liberales reposa en un sentido de confianza hacia el profesional ejerciente (137); en las relaciones profesionales que comportan se da con notoria reiteración el *intuitus personae* (138) a que ya hemos hecho referencia, pero en

nos hemos referido aquí e incluso antes de ahora en nuestro citado trabajo *Configuración jurídica...*, nota 159) a menos que tras cada especialista no se halle, como coordinador, un buen médico general.

Cabalmente por haber pasado a la historia de modo casi total el médico de cabecera en los EE. UU. de Norteamérica es por lo que en aquel país nació y fue imponiéndose progresivamente la práctica del ya por nosotros mencionado *check-up* sistemático, periódica revisión médica total en algún hospital, por manera análoga a como se revisan los automóviles en algún taller de reparaciones. La completa exploración mediante toda clase de medios físicos, químicos, etc., huelga advertir que carece, por impersonal y seriada, del valor terapéutico y tranquilizador de las relaciones humanas, cordiales, amistosas, incluso confidenciales que tradicionalmente existían entre el médico y el paciente.

(136) Repetimos que hoy el auge del *chequeo*, de la medicina social y hospitalaria en cuanto implica de fórmulas administrativas y tratamientos en serie, parece olvidar aquellos presupuestos de confianza e intimidad. La socialización de la medicina sólo se hará compatible con la relación médico-enfermo —ha dicho LAIN ENTRALGO en su citada obra *La relación...* y en declaraciones al diario de Valencia *Las Provincias* de 21 de abril de 1963— si el Estado reduce el cupo de enfermos asignado a cada médico y si, por parte de éste, existe la permanente voluntad, que a veces exigirá sacrificio, de seguir siendo médico; esto es, de no convertirse en un funcionario.

(137) Es esa confianza a la que se refiere VITTORINO PIETROBON (*El error en la doctrina del negocio jurídico*, trad. esp., Madrid 1971) especialmente bajo el expresivo epígrafe “La confianza como principio de justicia sustancial en la estructura del negocio” (págs. 92 y sigs.). Concretamente ha dicho JEAN SAVATIER (*La profesión libérale*, Poitiers 1946) que la profesión liberal de la medicina, como todas las profesiones liberales, se caracteriza por el desinterés y la independencia de quien la ejerce y por la importancia de sus cualidades personales de moralidad, de ciencia y de inteligencia en sus relaciones con la clientela. Es cabalmente en lo que se fundamenta la confianza a que nos referimos en el texto.

(138) Cfr. VALLEUR, *L'intuitus personae...*, cit. En efecto, si, como el autor señala, el *intuitus personae* se da en los contratos, ya mediante una base de afecto, ya sobre un fundamento de confianza, en el contrato en estudio se asienta generalmente sobre las cualidades del médico como garantía de la realización de su prestación, como preocupación por asegurar la realización del contrato (pág. 43). En los contratos estipulados por una persona con su médico aparece netamente el *intuitus personae* aunque nadie se tome la pena de estipular expresamente que el contrato debe ser ejecutado y cumplido precisamente por el práctico elegido, sin posibilidad de sustitución, pues que ello es lo normal, como muestran los usos (pág. 67). Todas las consecuencias jurídicas del *intuitus personae*, todo su juego y su mecanismo

ninguna con tan acusada relevancia como en la que estudiamos, pues, que el cliente busca en el médico al que elige unas dotes peculiares en las que confiar el máspreciado de sus bienes terrenos, la salud o, en último término, la vida. Y a esa confianza en el facultativo corresponde éste con una plena y solícita dedicación a su ministerio, con el cumplimiento de aquellas cláusulas del inmortal juramento de Hipócrates o la plegaria llamada de Maimónides, con su benéfico actuar —ciencia y conciencia— que jamás podrán remunerar debidamente unos honorarios, por elevados que fuesen.

5. Hemos contemplado hasta el momento la rotunda excepcionalidad del contrato de servicios médicos tanto en plano del consentimiento contractual, como en el del objeto, como en el de la causa; elementos esenciales comunes, todos tres, en cualquier tipo de contrato (art. 1.261 del Código civil). En el mismo sentido puede resultar interesante reparar en otros dos aspectos del contrato a examen; a saber, su forma de producirse y su resolubilidad.

Es un lugar común afirmar que toda declaración de voluntad contractual, como tal declaración —esto es, exteriorización—, tiene su forma de expresarse. Pero entendida la forma no en tan amplia acepción, sino en un sentido más estricto y técnico, tradúcese en el medio de manifestar la declaración de voluntad contractual que de una manera predeterminada y concreta exige la ley o, en algunos casos, impone la propia voluntad de las partes (139). En el primer sentido es claro que todos los contratos pueden considerarse formales, pues que de alguna forma denotarán su existencia. En el segundo, hay contratos formales —cuya predeterminada formalidad constituye para ellos requisito esencial de validez— y contratos no formales o de forma libre. Concretamente en nuestro Derecho rige, como es sabido, el principio general de libertad de formas, cristalizado en los artículos 1.254, 1.258 y, sobre todo, 1.278 del Código civil; pero casos hay en que se exige legalmente una forma especial *ad solemnitatem* como requisito esencial de validez y casos en que una de las partes puede compeler a la otra a llenar determinada forma *ad utilitatem* —para robustecimiento de lo convenido—

obedecen a esta idea: Que en la relación jurídica la consideración de una persona ha sido determinante del consentimiento de la otra, de modo que el fin, la causa, se complica aquí con un elemento personal (pág. 318). A todo lo cual añadiremos, por nuestra parte, que tal es la razón de que la clientela en medicina rara vez se herede. Si algún hijo de médico llega a tener fama y clientela como su padre, no es debido a filiación ni herencia sino a su propio talento y esfuerzo, a su ciencia y don de gentes. Casi puede decirse que los hijos de los médicos de nombre que triunfan y se hacen célebres, lo consiguen a pesar de ser hijos de médicos.

Vid. también MARTHE HULET, *A propos de la cession d'une clientèle médicale*, en Libro homenaje a LEÓN GRAULICH, Lieja 1957, págs. 595 y sigs.

(139) Cfr. E. HUBER, *Los preceptos de forma en el Derecho privado suizo*, Madrid 1919, pág. 62. También ROCA SASTRE, *La forma en el negocio jurídico* en Estudios de Derecho Privado, I, Madrid 1948, págs. 85-86.

y, principalmente, *ad probationem*, para preconstituir la prueba de lo pactado con vistas al futuro (140).

5.1. Pues bien, si la forma más socorrida en la esfera contractual es la documental bien sea el documento público, bien sea meramente privado, en principio puede decirse que el de servicios médicos constituye arquetipo de contrato verbal, en el sentido *per exclusionem* de que para producirlo no se redacta escrito alguno a efectos de su clausulación. El simple hecho de tener un profesional abierta su consulta al público manifiesta su inequívoca intención de tratar enfermos. El que uno de estos acuda a dicha consulta o llame por teléfono a tal facultativo para ser visitado a domicilio, expresa su deseo, asimismo, inequívoco de ser examinado y, eventualmente, tratado por él. Cuando así se produce el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa —elementos a que ya nos hemos referido en orden a nuestro estudio— hay contrato (art. 1.262 del Código civil) por más que falte formalidad externa de tipo documental, testifical ni de especie alguna. Lejos ha estado del ánimo de las partes el cumplimiento de formalidades de carácter jurídico. La iniciativa del enfermo respondía, por encima de todo, a preocupaciones de tipo biológico.

Podría identificarse en el caso un claro ejemplo de conducta social típica como fuente de obligaciones (141). Aunque no exista aparente conciencia de emitir declaraciones de voluntad con transcendencia jurídica, aunque no exista inmediata conciencia de contratar, existe una conducta que, por su significado típico, obtiene los mismos efectos que la decidida actuación jurídica contractual. Desde los puntos de vista generales del tráfico jurídico, tal comportamiento produce indeclinablemente la consecuencia de engendrar derechos y obligaciones. Ocurre algo análogo cuando se toma el autobús público o cuando se franquea y deposita una carta en Correos; surgen relaciones de obligación derivadas de una conducta social típica a la que se adscriben en el tráfico valoraciones y consecuencias de carácter jurídico. Incluso, si vale la expresión, cabría afirmar que se trata de una suerte de contratos tácitos por cuanto que, no mostrándose en frases o palabras directamente encaminadas a la producción de efectos jurídicos, éstos se infieren incontestablemente de la relación creada. Hay consenso, hay acuerdo de voluntades para aquella primera fase de la relación jurídica médico-enfermo que llamábamos congnoticiva (142), por más que tales voluntades recíprocamente concordés parecen haberse manifestado mediante actos en cierto modo jurídicamente silenciosos. No en vano etimológicamente la palabra *tácito* procede del latín *tacet*, “callar”. La analogía es pa-

(140) ROCA SASTRE, *Loc. cit.*, pág. 108. Así se asegura la prueba del consentimiento y del objeto contractuales. La causa no hace falta probarla ni expresarla porque se presume (art. 1.277 del Código civil).

(141) Cfr. KARL LARENZ, *La conducta social típica como fuente de relaciones obligatorias*, en *Revista de Derecho español y americano*, marzo 1957

(142) Vid. apartado 2.2. del presente trabajo.

tente con otra situación legalmente prevista y resuelta, la de presunción de contrato de trabajo entre todo aquel que da trabajo o utiliza un servicio y el que lo presta, aunque no exista estipulación ni verbal ni escrita (143). La misma presunción *iuris tantum* resulta indudablemente viable en nuestro supuesto; e incluso así lo han reconocido fallos jurisprudenciales (144).

He aquí como, por lo común, se gesta el contrato de servicios médicos del modo quizá más insospechado para sus autores, al menos para el enfermo; cual si no se apercibiesen de ello; como insensiblemente se realizan cotidianamente profusión de actos y negocios jurídicos (145), múltiple y multiforme actividad jurídica de cada particular en la que comúnmente no repara desde este punto de vista, pero de la que quizá en un momento dado hayan de ser deducidas unas consecuencias en Derecho en las que no soñó jamás. No es preciso tener plena conciencia de que se está realizando un contrato para que, en efecto, éste se realice, siempre que efectivamente se den las circunstancias objetivas cuya concurrencia determina la existencia de aquél. Y no otra cosa acontece muchas veces en el contrato que venimos considerando. Rige en él, como en general en la contratación toda, aquel principio a cuyo tenor los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan

(143) Así lo disponía el art. 3.º de la Ley del contrato de trabajo, texto refundido de 1944. La nueva Ley de relaciones laborales de 8 de abril de 1976 mantiene el criterio en su artículo 1.º al aplicar su normativa a todas las actividades laborales que se realicen por cuenta y dependencia ajenas...

(144) En uno de ellos tratábase de dos médicos que ejercitaban demanda de pago de sus honorarios contra la viuda de un enfermo, la cual alegaba que no habían sido contratados los servicios de aquéllos sino que fueron prestados a ruego de un tercer médico, el de cabecera y para ayudar a éste en la operación quirúrgica que se efectuó. La Audiencia de Sevilla había, no obstante, condenado a la viuda al pago de dichos honorarios y el Tribunal Supremo confirmó el fallo condenatorio, en Sentencia de 9 de octubre de 1928, uno de cuyos considerandos señala que "la cooperación de los médicos demandantes a la intervención quirúrgica practicada por el tercer médico llamado por la familia del paciente, así como la consulta preparatoria y visitas sucesivas celebradas por los primeros, demuestran con evidencia que los servicios de éstos fueron conocidos, aceptados y no rehusados por el enfermo, cuya directa conformidad constituye acto de voluntario consentimiento, eficaz para dar vida al contrato de arrendamiento de servicios con las características indispensables según el art. 1.544 del Código civil y la correspondiente obligación de cumplirlos y pagar por precio cierto el usual o regulado judicialmente para suplir la omisión del pacto, conforme a los preceptos de los arts. 1.254 y 1.287". Existía, por tanto, en el caso de autos una clara especie de contrato tácito cuya existencia derivaba de actos que necesariamente presuponian la voluntad acorde de los médicos, el paciente y su familia. Y en análogo sentido es interesante, entre otras, la Sentencia del mismo Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1934.

(145) En otro lugar hemos escrito que "lo mismo que *Le bourgeois gentil-homme* de Molière un buen día se asombró al apercibirse de que hablaba en prosa sin pretenderlo, cualquier persona lega en Derecho puede extrañarse cuando se percate de que su vida ordinaria y cotidiana se halla inscrita en una túpida red de actos jurídicos, principalmente de contratos, realizados de modo casi automático". Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, *Introducción al estudio del Derecho*, 2.ª ed., Valencia 1974, pág. 9.

celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones necesarias para su validez (146).

5.2. Ahora bien, en relación con el contrato en estudio y, sobre todo, por lo que atañe a su segunda fase —la que llamábamos operativa (147)— no falta una corriente de opinión que, siquiera sea *ad probationem*, propugna la forma escrita. Precisamente para que en orden a una posible demanda de responsabilidad civil dirigida contra el médico, no quepa la menor duda de si el enfermo consintió o no en, por ejemplo, una determinada intervención quirúrgica con todas sus consecuencias, alguna de ellas quizá irreparable —como la extirpación de un órgano, máxime si no prevista en el programa, o la muerte—, es por lo que en no pocos países extranjeros se ha hecho frecuente la práctica de exigir la constancia por escrito del previo consentimiento del paciente o de sus allegados al tratamiento prescrito.

En favor de dicha práctica pueden alinearse todos los argumentos que abonan la función racionalmente útil de la forma contractual: Proteger contra la precipitación de los contratantes contribuyendo a que mediten bien sus resoluciones; facilitar y dar mayor seguridad en la conclusión del contrato; proporcionarle seriedad y consistencia, preservando de negligencias y abandonos; facilitar la prueba de la existencia y contenido contractual; disminuir los litigios, proporcionando seguridad jurídica; constituir medio de publicidad para terceros, garantizando la seguridad de éstos, etc. Mediante la forma escrita, el acuerdo del paciente consta de modo indubitable, evitando las fastidiosas impugnaciones que fatalmente implica la admisión de la prueba testifical; el médico se encuentra en posesión de un documento que parece ponerle al abrigo de toda reclamación; en general, el paciente no podrá alegar que el facultativo se extralimitó sobrepasando los límites de la voluntad de aquél en el momento de la intervención, por ejemplo, extendiéndola a órganos no previstos...

Pero todas estas seguridades, ¿no serán más aparentes que reales? Es preciso tener en cuenta también las siguientes consideraciones: Los términos del acuerdo formulado con el paciente deben ser de todo punto concretos si se quiere cerrar el paso a muchos posibles motivos de impugnación; la voluntad debe ser claramente expuesta y referida a un tratamiento definido cuyos detalles de ejecución sean previsibles. Cuando, por ejemplo, se trate de una laparotomía exploratoria o de una artrotomía, no parece de mucha utilidad el consentimiento por escrito ya que, en definitiva, es evidente que la operación no puede hacerse sin el consentimiento del enfermo y, por definición, la cadena de acontecimientos en estos casos escapa de las previsiones que únicamente justificarían el rigor de la forma

(146) Así dice el art. 1.278 de nuestro Código civil, heredero directo del criterio espiritualista o de libertad contractual de nuestra legislación histórica que cristalizara en la Ley única, Título XVI del Ordenamiento de Alcalá.

(147) Vid. apartado 2.3.1. del presente trabajo.

escrita. Pero ¿y si en el curso de una operación prevista descubre el cirujano en el cuerpo del enfermo, dormido por la anestesia, un mal que reclama una intervención inmediata, porque es peligroso esperar? Resulta entonces de toda evidencia, y así lo hemos manifestado páginas atrás, que en el interés del enfermo está el que el cirujano tome unilateralmente la decisión de actuar como estime oportuno (aunque tal contingencia no apareciese prevista en su escrito de consentimiento) y sin que por ello pueda jurídicamente ser el segundo llamado a responsabilidad (148).

Por otro lado, aunque la forma escrita parezca concluyente en general y en caso dado y venga a respaldar plenamente la actuación del facultativo, si de ésta se han seguido daños, ¿no podría pretender el paciente no haber sido suficientemente informado sobre la naturaleza y las posibles repercusiones del tratamiento u operación, base sobre la cual impugnará la validez misma del consentimiento prestado por escrito, como viciado de error *ex* artículos 1.265 y 1.266 del Código civil? Es cierto que, si hay tiempo para ello, el médico puede preparar al enfermo, ilustrarle y convencerle al punto de que la operación se realizará con pleno conocimiento de causa. Pero en caso de urgencia *quo ad vitam*, evidentemente no puede hacerse así; el tiempo apremia y el enfermo en peligro mortal no puede ser instruido de la naturaleza de un riesgo cuya causa quizá ni siquiera ha podido ser aún identificada con plena exactitud por el propio médico. El enfermo consiente entonces en la operación —él o sus parientes, como tantas veces hemos dicho, si, por ejemplo, se trata de un traumatizado inconsciente— sin apercebir netamente su alcance anatómico. En definitiva, firma un cheque en blanco. Y si se trata de un accidentado que, perdido el conocimiento, es ingresado por personas caritativas en una clínica, resulta de toda evidencia también que, no obstante su estado inconsciente y que no se halle presente miembro alguno de su familia que firme un consentimiento a la terapéutica quirúrgica, no se le deben dejar de practicar en el quirófano las intervenciones que procedan, pechando el médico —en cumplimiento de uno de los deberes elementales de su humanitaria profesión— con las eventuales responsabilidades que, por otra parte, la misma urgencia básica se encargará de paliar.

No cabe ignorar tampoco, desde otro punto de vista, que si se generalizase la costumbre —no exigible por ley (art. 1.278 del Có-

(148) En este sentido existen numerosos fallos de los Tribunales extranjeros; v. gr., el de Casación de París de 20 de febrero de 1946. Pero la propia jurisprudencia insiste en que es preciso que se trate de un peligro palmario, de modo que no pueda dudarse legítimamente de la necesidad del sacrificio impuesto por el cirujano; pues, si el mal descubierto en el paciente no implica riesgo inmediato, sino que antes al contrario la extensión de la operación puede significar un serio ataque a la integridad personal de éste, el cirujano debe cerrar la herida y permitir que el enfermo tome libremente su decisión. En tal sentido, por ejemplo, Trib. de Donai, en 10 de julio de 1946.

digo civil)— de exigir el consentimiento escrito del paciente, probablemente los jueces sentirían la tendencia, en cierto modo humana e inevitable, de siempre que faltase el escrito. hacer jugar todas las presunciones de culpa más en favor del enfermo que en favor del médico, con el inherente riesgo de desequilibrio en los platillos de la balanza de la justicia. Y, a mayor abundamiento hay que convenir en que la forma escrita no parece avenirse bien con el principio mismo de toda actividad médica, que se condensa exactamente en aquella certera frase a que ya hemos aludido: “una confianza al encuentro de una conciencia” (149). Como hemos dicho anteriormente, la actuación médica se funda esencialmente sobre la confianza que en el médico deposita su paciente. Si el primero encuentra resistencia en el enfermo para la adopción de una determinada línea terapéutica, no se deberá a otra cosa, en la mayor parte de los casos, que a una falta de confianza que debe procurar subsanar y colmar por sus dotes persuasorias y de bondad, o proponiendo consulta con uno o más colegas eminentes. Si ni aun así lo logra, no le queda, sino poner al enfermo, previa anuencia de éste, en otras manos.

En suma, acudir a la forma escrita en el consentimiento del paciente a un tratamiento, rarísima vez se hará por iniciativa del mismo enfermo. Únicamente, quizá, por iniciativa del facultativo que, a costa de provocar desconfianza en su paciente, pensará en así ponerse a cubierto de toda responsabilidad. Ello suministrará prueba preconstituída de un consentimiento, pero de un consentimiento cuyo alcance y valor siempre pueden ser impugnados y que, además, nunca puede significar una a modo de exoneración de responsabilidad en aquellos supuestos en que realmente hubiere lugar a exigirla (150).

6. Aunque la resolución de los contratos nada tenga de ordinario que ver con los elementos o requisitos de los mismos, vale también la pena observar a su respecto y en tema del contrato en estudio como éste de servicios médicos se caracteriza igualmente por erigirse en resoluble por voluntad unilateral, sin que, como regla general, la parte que toma tal iniciativa quede, por ello, obligada a

(149) Cuya paternidad parece corresponder al Prof. LOUIS PORTES, en su obra póstuma *A la recherche d'une éthique médicale*, París 1954.

(150) La doctrina francesa en orden a la carga de la prueba se ha manifestado en el siguiente sentido: Si se considera como prerrogativa absoluta el derecho a la integridad física del enfermo, lógicamente será a cargo del médico la prueba de que el enfermo consintió en el ataque a dicha integridad (R. DOMAGES, *Le corps humain...*, cit., págs. 132 a 135). Más he aquí que, así, el permiso de operar constituye la negación de la confianza que debe ser esencia del contrato médico. ¿La prueba, entonces, a cargo del enfermo? Pero éste, evidentemente, no cuenta en el trance con los medios necesarios para preconstituirla (SAVATIER, AUBY, PEQUIGNOT, *Traité de Droit médical*, cit., núm. 252). En consecuencia, ni a uno ni a otro parece deba imputarse la carga de la prueba, sino que los jueces se atenderán a cualquier medio de lograrla, testimonios, conducta habitual del médico, etc. (SAVATIER..., *loc. cit.*).

indemnizar daños y perjuicios a la otra. Reparemos, ante todo, en que la del médico que trata enfermos y no se limita a recibirlos una vez en consulta para formular un diagnóstico y un tratamiento de emergencia, sin volverlos a ver, sino que mantiene a su respecto una continuada atención controlando el curso de la enfermedad, es una obligación de las de tracto sucesivo o de ejecución continuada. La curación de un enfermo rara vez será obra de un momento (como cuando el oftalmólogo, por ejemplo, se limita a extraer un cuerpo extraño que no haya causado daño alguno o el estomatólogo a extraer una pieza dental incurable) sino de un lapso de tiempo más o menos prolongado —el llamado proceso de la enfermedad— durante el cual se sucederán los actos médicos en aras de la terapéutica para cuya indicada aplicación obtuvo el facultativo el beneplácito del paciente. Habrá así, como bien se ha señalado (151), una multiplicación de la uniformidad de las relaciones, junto a la unidad del acto origen que hace posible la igualdad esencial de aquellas relaciones.

Pues bien, la resolubilidad de la relación contractual en el modo que hemos indicado, no puede tener por fundamento sino el de que, por ser el contrato de servicios médicos una relación, en suma, de confianza, aunque aparezca bajo el ropaje jurídico de arrendamiento de servicios, le serán aplicables en lo pertinente las reglas del mandato, sobre todo en lo que atañe a su terminación (152). Jamás ha sido puesto en tela de juicio el derecho del enfermo a renunciar a los servicios del médico que le atiende, incluso durante el curso de un determinado tratamiento. Si un paciente ha consentido, por ejemplo, en una concreta terapéutica quirúrgica e incluso ha llegado a concertar la operación con un cirujano, no puede en absoluto ser constreñido por éste a dejarse operar si posteriormente cambia de opinión a virtud, v. gr., de un imperioso miedo sobrevenido; ni los Tribunales claro es, podrán obligarle a ello. Al paciente en trance de someterse a una más o menos arriesgada intervención quirúrgica, debe serle reconocido un amplio *ius poenitendi*, una posibilidad de desistimiento al que podría inducirle la ulterior confrontación entre la ventaja que con la operación se propone lograr y el bien que a tal efecto pone en juego, el máximo de que, de hecho, puede disponer, su propia vida mortal. Y la razón de su actitud hay que buscarla en aquél fundamental *noli me tangere* a que hemos hecho reiteradas alusiones, como inderogable atributo de la personalidad del enfermo; pero también podría invocarse al respecto el *nemo ad factum cogi potest* típico de las obligaciones de hacer. En definitiva, concertada la operación en interés del paciente, no cabe hallar una voluntad contractual encaminada a crear la obligación de someterse a la intervención quirúrgica. El enfermo es en su propio interés como

(151) Así, L. DEVOTO, *L'obbligazione a esecuzione continuata*; Padua 1943, pág. 100.

(152) Así, PÉREZ Y ALGUER, notas a ENNECCERUS, Tratado de Derecho Civil, II, 2.º, pág. 244.

reclama la intervención del cirujano, pero no piensa en obligarse respecto de éste a dejarse operar (153). Genéricamente puede afirmarse que nunca puede ser objeto de férrea obligación contractual para un paciente el someterse al bisturí del cirujano, el aceptar coactivamente los consiguientes traumas y lesiones (154). El contrato relativo a la intervención quirúrgica obliga al cirujano a realizarla en beneficio de la salud del enfermo y, a la vez, el consentimiento de éste a la operación atribuye a aquél el poder de intervenirle como consecuencia de la disposición que el paciente hace de su propio cuerpo; pero siempre puede el paciente desistir de su propósito, hipótesis en que el facultativo no tendrá derecho sino al reembolso de los gastos que ya hubiera realizado con vistas a la proyectada operación (v. gr., de viaje, de alquiler de quirófano, de adquisición de determinada prótesis u otro material, etc.) y a la retribución de los servicios que ya hubiese desarrollado (lo que se llama actos médicos) (155).

Con todo, hay quien piensa que, si realmente es injustificado el dicho desistimiento, el médico puede pretender la reparación del perjuicio que haya podido sufrir en orden a pérdida de su tiempo o de atentado a su reputación profesional (156). La problemática en cuestión corresponde exactamente a la doctrina del llamado interés contractual negativo o, incluso, a la de la *culpa in contrahendo* por lo que atañe a la fase operativa en la relación jurídica médico-paciente, máxime si el acuerdo había comenzado a ejecutarse (157). Pero, como principio general, repetimos, el enfermo conserva el derecho de resolver el contrato por manera análoga a como un mandante puede revocar el mandato que confirió (158).

(153) Así, con agudas frases, P. CALAMANDREI, *Note sul contratto tra il chirurgo e il paziente*, en Foro Italiano, 1936, IV, pág. 286.

(154) Cfr. F. FERRARA, *Teoria del negozio illecito*, Milán 1914, pág. 232.

(155) Es el criterio inspirador del art. 2.237 del Código civil italiano. Sobre él CALAMANDREI, *loc. cit.*, pág. 287. En parecido sentido PLANIOL-RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil*, T. VII, núm. 1.028; DEMOGUE, *ob. cit.*, T. II, núm. 803; A. JACK, *Les conventions relatives à la personne physique*, *cit.*, pág. 387, etc.

(156) Así, DESBOIS comentando la sentencia del Tribunal Civil del Sena de 16 de mayo de 1935 en Dalloz periodique 1936, II, pág. 9. Y hay quien afirma que si de antemano se pactaron honorarios, son éstos debidos por el cliente que desiste injustificadamente y por su exclusiva voluntad de recibir los servicios convenidos (BAUDRY LACANTINERIE y WAHL, *Traité théorique et pratique de Droit Civil*, T. XXIV, núm. 743). Más justo nos parece que será pagar equitativa y proporcionalmente los servicios o actos médicos ya realizados y si acaso alguna justa remuneración para el supuesto de que realmente al facultativo se le hayan irrogado perjuicios por mor de la denuncia del contrato. En tal sentido, ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid 1968, pág. 226.

(157) Cfr. PAUL PIOTET, *Culpa in contrahendo (et responsabilité precontractuelle en Droit privé suisse)*, Berna 1963.

(158) Vid. art. 1.733 del Código Civil; CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral*, 9.^a ed., T. IV, Derecho de Obligaciones. Las particulares relaciones obligatorias, págs. 496-497; BONET RAMÓN, *Del contrato de mandato*, en los comentarios de MUCIUS SCAEVOLA al Código civil, T. XXVI, vol. 2.^o, Madrid 1951, págs. 740 y sigs. y pág. 806; DE LA CÁMARA, *La revo-*

¿Y el médico, por su parte? Parece que no puede entenderse facultado para libérrimamente abandonar a su paciente antes de cuando el estado de éste le permita haberle dado de alta. No puede interrumpir sin justa causa un tratamiento que haya iniciado y que personalmente aplique; y si lo hiciera parece que sería responsable de los daños y perjuicios que al paciente se irrogaren por la interrupción de los debidos cuidados (159).

Ahora bien, puede sobrevenir para el médico algún motivo obstaculizador de la continuidad en la tarea emprendida cerca del enfermo (v. gr., enfermedad propia, partir de viaje, etc.). Lo que ha de hacer entonces es advertir al enfermo lo antes posible para que pueda proveer a su sustitución, máxime en el caso de que él mismo no proponga un sustituto o de que éste no sea aceptado por el enfermo. Recuérdese al respecto cuanto dicho quedó sobre la base de confianza, sobre el *intuitus personae* en el contrato que nos ocupa. De no mediar justa causa para interrumpir la relación jurídica y, sobre todo, si el estado del enfermo inspira temores, el médico se encuentra obligado a continuar prestándole aquellos servicios a que se comprometió al contratar. Y huelga advertir que justa causa de resolución decidida por el médico, sería el incumplimiento de sus obligaciones por parte del enfermo; en especial de la del pago de honorarios (160).

7. Hasta aquí hemos venido observando, en apretada síntesis, algunas de las que estimamos más acusadas peculiaridades de la relación contractual de servicios médicos desde el punto de vista del consentimiento, del objeto, de la causa, de la forma y de la resolución. No hemos pretendido —no sería éste el lugar adecuado para ello— un estudio exhaustivo del contrato a examen. Pero del efectuado cabe inferir, creemos que de modo palmario, que, como en principio manifestábamos, el de servicios médicos en el marco de la llamada medicina liberal, privada, clásica o de clientela, que todavía viene prestando ingente contribución al bienestar sanitario

cación del mandato y del poder, en Anales de la Academia Matritense del Notariado, T. IV, págs. 613 y sigs.

Claro es que, a tal respecto, quizá en algún supuesto excepcional cabría invocar la teoría del abuso del derecho, hoy acogida en el art. 7,2 del Código civil. Vid. JEAN GUYENOT, *La rupture abusive des contrats a durée indéterminée*, en el vol. "La tendance a la stabilité du rapport contractuel. Etudes de Droit privé", París 1960, págs. 235 y sigs. También, nuestro trabajo *La corrección del automatismo jurídico mediante las condenas del fraude a la ley y del abuso del derecho*, cit., págs. 139 y sigs.

(159) Así, PLANIOL-RIPERT, *ob. cit.*, T. VI, núm. 524. El criterio sería análogo si en vez de configurar la relación como de arrendamiento de servicios, mediase una gestión de negocios ajenos sin mandato (art. 1.888 del Código civil).

(160) Art. 1.124 del Código civil. De entre la copiosísima bibliografía sobre el tema, ESPÍN CÁNOVAS, *La excepción de incumplimiento contractual*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1964, págs. 543 y sigs.; DíEZ PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, en la misma revista, 1969, págs. 383 y sigs.; ALVAREZ BIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada 1972.

de la población en la mayoría de los países civilizados, constituye un contrato de todo punto excepcional a la hora de su tipificación, por más que legislaciones, doctrinas y jurisprudencias abundan al unísono en enmarcarlo en el molde de la *locatio conductio operarum*. Sin renegar de esta calificación en aras de la más elemental sistemática y en la búsqueda de la más adecuada normativa, hay que reconocer que, el estudiado, emerge con caracteres propios y bien definidos del acervo de los contratos de arrendamiento de servicios. En su seno, crisol en que se funden los humanismos respectivos de médicos y juristas, se ponen en juego nada menos que los derechos de la personalidad; sobre todo, ciertamente, de la del enfermo, pero también, al fin y al cabo, los de ese enfermo en potencia que es el propio médico. Se actúa sobre aquellos atributos indeclinables de la persona humana —trasunto de la divinidad— sin los cuales, sin cuyo reconocimiento y salvaguardia plenos, no valdría la pena vivir estos nuestros días sobre la tierra que son, al fin y a la postre, como una sombra... (161).

(161) *Sicut umbra dies nostri sunt super terram* (SAGRADA BIBLIA, Libro de Job, Cap. XIV, v. 9).