

DICTÁMENES Y NOTAS

Integración de la prestación de servicios médicos. Cuestiones relevantes al hilo de las nuevas normas deontológicas*

Integration of medical service delivery. Relevant issues in the context of the new deontological rules.

por

MARTA PÉREZ ESCOLAR
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Valladolid

RESUMEN: La publicación de un nuevo *Código de Deontología Médica* en marzo de 2023 requiere realizar un replanteamiento a propósito del valor de las normas deontológicas para la integración de la prestación de este tipo de servicios profesionales, particularmente en lo que se refiere a su conformidad con la Ley.

Ello resulta de especial relevancia con relación a las cuestiones cuyo análisis se asume en este trabajo, bien por ser de posible aplicación a la totalidad de servicios médicos (protocolos sanitarios), bien por requerirse para la realización de cualquier acto médico (consentimiento informado) o bien por haber alcanzado una actualidad significativa al tiempo que cuestionada (prestaciones no presenciales).

* Trabajo dedicado a la memoria de mi padre, Aurelio Tomás Pérez Ramos, fallecido durante el transcurso de su redacción, grandísimo padre y mejor persona, que tuvo que dejar este mundo viendo precisamente la violación flagrante de algunas de las normas que se estudian en esta publicación.

En todas ellas está directamente implicada la diligencia exigible al profesional médico, que pivota sobre la clásica *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero del Código civil, a la que necesariamente ha de ajustarse cualquier normativa deontológica para poder tener valor integrativo de la prestación de servicios.

ABSTRACT: The publication of a new Code of Medical Deontology in March 2023 requires a rethinking of the value of deontological rules for the integration of the provision of this type of professional services, particularly with regard to their compliance with the Law.

This is of special relevance in relation to the issues whose analysis is assumed in this work, either because they are possible to be applied to all medical services (health protocols), or because they are required for the performance of any medical act (informed consent) or because they have reached a significant relevance and questioned at the same time (non-face-to-face services).

All of them directly involve the diligence required of the medical professional, which hinges on the classic lex artis ad hoc of Article 1104, first paragraph, of the Civil Code, to which any deontological regulation must necessarily conform in order to have an integrative value for the provision of services.

PALABRAS CLAVE: servicios médicos, integración contractual, normas deontológicas, diligencia profesional, *lex artis ad hoc*, protocolos médicos, consentimiento informado, servicios médicos a distancia.

KEYWORDS: medical services, contractual integration, deontological rules, professional diligence, *lex artis ad hoc*, medical protocols, informed consent, remote medical services.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL VALOR JURÍDICO DE LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES. 1. QUÉ SON LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS. 2. SU VALOR JURÍDICO *ex* ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL.—III. EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA DE 2022. CUESTIONES RELEVANTES A EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS. 1. LOS PROTOCOLOS MÉDICOS. A. *Caso concreto y autonomía profesional*. a). Del artículo 1104 párrafo primero del Código civil al Marco Común de Referencia. a’). El artículo 4.7.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias. B. *El Código de Deontología Médica de 2022*. 2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO. A. *Información previa, diligencia profesional y derecho fundamental a la integridad física*. B. *El Código de Deontología Médica de 2022*. a). La información sobre riesgos de la actuación médica. a’). Comprensibilidad de la información. a’”).

Consentimiento informado y estado de necesidad. La consulta a los familiares del paciente. 3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS A DISTANCIA.—IV. CONCLUSIONES.—V. RESOLUCIONES CITADAS.—VI. FUENTES.—VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO.

La aprobación en diciembre de 2022 de un nuevo *Código de Deontología Médica*, publicado el 23 de marzo de 2023¹, conlleva la necesidad de reconsiderar el valor integrativo de tales normas deontológicas con relación a la prestación de servicios médicos. Se hace por ello preciso recordar el alcance jurídico atribuible a este tipo de normas conforme al artículo 1258 del Código civil para, a partir de ahí, analizar el valor de normas deontológicas especialmente relevantes para la prestación de servicios médicos cuya concordancia con la ley pudiera no estar siempre presente.

Con este punto de partida, tenemos en cuenta, en primer lugar, las normas deontológicas que se refieren a la observancia de los protocolos médicos y su relación con la autonomía del profesional para decidir en función de su competencia o pericia respecto al diagnóstico y tratamiento de cada paciente concreto, autonomía que deriva tanto de la clásica *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero del Código civil como de leyes específicas pertenecientes al ámbito de la prestación de servicios sanitarios.

En segundo lugar, valoramos el alcance de determinadas normas deontológicas relativas al consentimiento informado, vinculado con el derecho fundamental a la integridad física de la persona y consecuentemente necesario para llevar a cabo cualquier actuación, diligente, en el ámbito de su salud. En concreto, nos referimos a las normas que se refieren a la información sobre riesgos de la prestación médica, a la comprensibilidad de la información suministrada y a la consulta de los familiares del paciente en situaciones de estado de necesidad. La virtualidad jurídica atribuible a las normas deontológicas relativas a estas cuestiones como instrumento de integración del contrato requiere también analizar su necesaria concordancia con las normas legales referidas a las mismas.

Finalmente, realizamos una consideración específica de las normas deontológicas destinadas a regular la actuación del profesional médico a distancia, sin contacto presencial entre éste y el paciente, objeto de una regulación novedosa respecto a la contenida en el anterior *Código de Deontología Médica* de julio de 2011 que ha de valorarse tomando por fundamento los mismos parámetros de diligencia profesional marcados por la ley.

II. EL VALOR JURÍDICO DE LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PROFESIONALES.

1. QUÉ SON LOS CÓDIGOS DEONTOLÓGICOS.

Los denominados códigos deontológicos son normas emanadas de los colegios profesionales con la finalidad de regular las particularidades del ejercicio de la profesión correspondiente en el marco de lo dispuesto por la ley. Esta subordinación legal del régimen jurídico y actuaciones de los entes de los que emanan este tipo de normas se recoge en el propio artículo 36 de la *Constitución Española* (en adelante, CE): “la ley regulará las peculiaridades propias del régimen de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas”.

Es interesante por ello destacar el artículo 1.1 de la *Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales* (en adelante, LCF)², que los define como “corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines”, fines entre los que figura en primer lugar, según el artículo 1.3 LCF, “la ordenación del ejercicio de las profesiones”, que se desarrolla a su vez en el artículo 5.i) LCF en el sentido de que les corresponde “ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial”.

La concepción de las normas deontológicas supone por tanto comprender que los colegios profesionales son personas jurídicas de Derecho público por tener legalmente atribuido el ejercicio de potestades públicas relacionadas con el desempeño de la actividad profesional de los colegiados, potestades que en última instancia pueden ser de carácter disciplinario o sancionador³. Por otro lado, la ordenación del ejercicio de las profesiones atribuida a los colegios profesionales se somete a un primer mandato legal genérico pero al tiempo revelador de la esencia de lo que deben perseguir los códigos deontológicos: la ética y dignidad profesional así como el respeto a los derechos de los particulares.

2. SU VALOR JURÍDICO EX ARTÍCULO 1258 DEL CÓDIGO CIVIL

El valor jurídico de las normas deontológicas para los contratos de prestación de servicios profesionales se relaciona habitualmente con el “uso” a que se refiere el artículo 1258 del Código civil como criterio de integración del contrato a tener en cuenta en defecto de ley aplicable. Se trata, por tanto, de un uso al que se remite expresamente la ley y que por ello carece de la consideración de norma jurídica consuetudinaria en sentido estricto⁴. Manteniendo el mismo tenor literal, el artículo 1231 de la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia*

de Obligaciones y Contratos de 2023 dice que “los contratos obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”⁵.

Pues bien, este “uso” del artículo 1258 del Código civil es comúnmente referido a los usos del tráfico o usos de los negocios, que implican un modo o práctica habitual de proceder en los contratos de un mismo tipo, pero con la importante matización que supone entenderlos como procedentes de ambas partes contratantes; en palabras del profesor Luis DÍEZ-PICAZO (2007, 431), “no es legítimo, por ello, definir el uso a partir de uno sólo de los contratantes y hablar del uso de un gremio, de una clase o de una categoría”. Ello nos lleva a una primera conclusión importante: las normas deontológicas, que en definitiva se identifican en muchos casos con los usos de un gremio, no pueden considerarse sin más criterio de integración del contrato si suponen una actuación unilateral del prestador del servicio injustificadamente ajena a la voluntad del acreedor.

Por otro lado, el mismo profesor Luis DÍEZ-PICAZO (2007, 431) subrayó que la habitualidad de la práctica que caracteriza al uso integrativo del artículo 1258 del Código civil no tiene que ver con la frecuencia estadística con la que se utilice un determinado tipo de cláusula contractual, de modo que la configuración de estas cláusulas como excepcionales impide de suyo su utilización como uso integrativo en los contratos del mismo tipo, con independencia de la frecuencia de su utilización, siendo ejemplo de ello el relativo a las cláusulas de estabilización en los contratos de arrendamiento⁶. En consecuencia, el uso frecuente de normas deontológicas como cláusulas contractuales no permite utilizarlas sin más en otros contratos con carácter integrativo, pues el uso del artículo 1258 del Código civil implica en sí mismo una manera habitual de proceder que no suponga especialidad o excepcionalidad⁷.

En síntesis, las normas deontológicas de los colegios profesionales integran el contenido del contrato de prestación de servicios *ex* artículo 1258 del Código civil siempre que no impliquen una exclusión injustificada de la voluntad del acreedor del servicio ni una generalización de cláusulas contractuales utilizadas de modo habitual pero de carácter especial o excepcional.

Ahora bien, hay que subrayar que esta funcionalidad de las normas deontológicas está subordinada lógicamente a su no contradicción con la ley aplicable, general o específica de un determinado sector profesional, a la que el mismo artículo 1258 del Código civil sitúa en primer lugar como criterio de integración de los vacíos contractuales en obvia consonancia con el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 1.2 CC): sólo en defecto de ley aplicable es posible acudir al uso o práctica generalizados para los contratos del mismo tipo. Y esta ley aplicable es tanto la de carácter imperativo, a interpretar extensiva o restrictivamente conforme su espíritu y finalidad, como la de carácter dispositivo, cuyo valor va mucho más allá de su supletoriedad elevándose a “*modelo de or-*

denación” del contrato “en el que el legislador ha ponderado cuidadosamente la situación normal de los intereses de las partes”⁸.

Pese a ello, el *Código de Deontología Médica* de 2022 comienza con unas declaraciones cuya redacción podría no situar al profesional sanitario, ajeno en principio al ámbito jurídico, en un contexto adecuado, correcto, respecto al alcance de dichas normas para el ejercicio de su profesión: “los deberes que impone este código, en tanto que sancionados por una Corporación de Derecho Público, obligan a su conocimiento y a su cumplimiento a todos los médicos en el ejercicio de la profesión, cualquiera que sea la modalidad en la que la practiquen” (art. 1.1), de forma que “el incumplimiento de las normas de este código puede suponer la incursión en falta disciplinaria tipificada en los Estatutos Colegiales” (art. 1.2)⁹.

Estas referencias a la obligatoriedad de las normas deontológicas y a la correspondiente posibilidad de sanción disciplinaria en caso de incumplimiento no se acompañan de ninguna mención a la prevalencia jerárquica de la legislación sanitaria aplicable, que precisamente en este sector de servicios profesionales es abundante y por ello conformadora de lo que se ha venido a llamar Derecho sanitario, siendo de cita ineludible, por su importancia, la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante, LBAP).

Ello podría llevar a la consideración errónea de que las normas deontológicas son totalmente vinculantes para el ejercicio de la profesión sanitaria, sin consideración de hipotéticas contradicciones con normas de rango legal o, incluso, constitucional¹⁰. De forma significativa, sin embargo, ha de recordarse el artículo 5.t) LCF, que atribuye a los colegios profesionales la función de “cumplir y hacer cumplir a los colegiados las Leyes generales y especiales”, así como el artículo 8.3 LCF, que declara nulos de pleno derecho los actos de los órganos colegiales que sean “manifiestamente contrarios a la Ley” y anulables los actos “que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico”.

III. EL CÓDIGO DE DEONTOLOGÍA MÉDICA DE 2022. CUESTIONES RELEVANTES A EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS.

1. LOS PROTOCOLOS MÉDICOS

A. *Caso concreto y autonomía profesional*

a) Del artículo 1104 párrafo primero del Código civil al Marco Común de Referencia

Como es sabido, el cumplimiento de la prestación de servicios profesionales requiere que la diligencia del deudor se adecúe a la denominada *lex artis ad hoc*,

pericia o competencia profesional aplicada al caso concreto y correlato de lo que el artículo 1104 párrafo primero del Código civil formula más genéricamente como la “*diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”.

En el ámbito de los servicios médicos, la primera cuestión que se plantea en torno a dicha actuación diligente tiene que ver con el alcance atribuible a los denominados protocolos o guías de actuación médica, pues la decisión de qué acciones son posibles y adecuadas con cada paciente concreto constituye la actuación médica inicial, previa a su información sobre las mismas.

Los protocolos médicos provienen fundamentalmente de los colegios profesionales. Sin perjuicio de que en ocasiones tengan su origen en asociaciones de carácter científico o sanitario, el origen marcadamente colegial de los protocolos unido a lo establecido sobre ellos en las normas deontológicas de los mismos colegios profesionales han determinado su seguimiento generalizado con base en una creencia no cierta: la vinculación entre su observancia y la exoneración de responsabilidad civil por implicar en sí mismos una buena *praxis* profesional.

Ello contradice abiertamente la necesidad de que la prestación de servicios se adecúe a lo requerido por el caso concreto como fundamento de la diligencia profesional determinante del cumplimiento de la obligación. Esta adecuación al caso concreto conlleva, por un lado, que la competencia o pericia del profesional ha de ser suficiente, de modo que se inhiba en caso de carecerla, y, de otra parte, que las circunstancias únicas de cada paciente excluyen la aplicación sin más de una pauta genérica, cuya validez además puede estar cuestionada.

Por tanto, el médico competente para tratar a un paciente concreto es también autónomo para decidir cómo hacerlo, y ello forma parte de su obligación de actuar diligentemente. En otras palabras, la culpa “*in concreto*” del citado artículo 1104 párrafo primero del Código civil no puede desplazarse por la aplicación de criterios generales no justificados en el caso particular dando así lugar a un abandono de las necesidades del paciente concreto, reconducibles a “*las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar*”¹¹.

A este respecto, es interesante la mención de algunas normas del *Draft Common Frame of Reference* (en adelante, *DCFR*), texto académico moderno de importancia conocida para el ámbito europeo que, en sede de servicios sanitarios (arts. IV.C.-8:101 a IV.C.-8:111 *DCFR*), recogió las ideas clásicas anteriores con una explicitación importante y por ello significativa.

Así, el artículo IV.C.-8:102 *DCFR* establece, como “*valoración preliminar*” a las reglas sobre este tipo de prestación de servicios, que “*el profesional sanitario, si puede considerarse razonablemente necesario para la prestación del servicio, debe: (a) interrogar al paciente acerca de su estado de salud, síntomas, enfermedades previas, alergias, tratamiento pasado u otros tratamientos actua-*

*les y preferencias y prioridades del paciente en lo que respecta al tratamiento; (b) realizar los exámenes necesarios para diagnosticar el estado de salud del paciente; y (c) consultar con otros profesionales que intervengan en el tratamiento del paciente*¹². Se refleja con ello el mismo principio de que el profesional sanitario debe centrar su actuación en cada paciente concreto, al que interrogará sobre todo lo que sea razonable en función del caso particular, incluso sobre sus preferencias personales en torno al tratamiento, sin referencia a la observancia de guías de actuación genéricas y en el marco, por tanto, de una práctica clínica variable.

Y, casi seguidamente, el artículo IV.C.-8:104 *DCFR* plasma la “obligación de competencia y diligencia” del profesional sanitario incidiendo en la necesidad de que “actúe con la competencia y diligencia que un profesional razonable y competente demostraría en las circunstancias de que se trate” (1), de forma que, en caso de no poseer tal competencia, debe derivar al paciente a otro profesional (2)¹³. En síntesis, esta norma aporta a mayores el criterio de la razonabilidad para la valoración de la diligencia profesional, derivación del principio de buena fe, lo cual supone de nuevo que la actuación del médico ha de ser conforme a su pericia, conocimiento y criterio, y, por tanto, especialización, experiencia y obligación de formación continuada, que excluye la aplicación de pautas obsoletas¹⁴.

a’) El artículo 4.7.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias.

De forma específica para los protocolos sanitarios, el artículo 4.7.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias (en adelante, LOPS), dice que “se tenderá a la unificación de criterios de actuación, que estarán basados en la evidencia científica y en los medios disponibles y soportados en guías y protocolos de práctica clínica y asistencial”, de modo que “los protocolos deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión para todos los profesionales de un equipo, y serán regularmente actualizados con la participación de aquellos que los deben aplicar”.

Esta norma constituye la plasmación legal en nuestro ordenamiento jurídico del carácter orientativo de los protocolos y guías de actuación médica, que deben ser tenidos en cuenta pero con esta función orientativa y sometidos a una obligación de actualización regular. A este respecto, se plantea una cuestión interesante cuando el mismo precepto se refiere previamente a la tendencia que se debe seguir hacia la unificación de criterios de actuación que estén basados en la “evidencia científica” y en dichos protocolos médicos, a los que, como vemos, se atribuye sin embargo de forma expresa un carácter orientativo.

Por un lado, el concepto de “*evidencia científica*”, que no aparece concretado en la norma, suele relacionarse comúnmente con los estudios científicos que se publican en el ámbito correspondiente; sin embargo, en muchas ocasiones estos estudios muestran conclusiones dudosas o incluso contradictorias, lo cual es intrínseco a la naturaleza evolutiva de la ciencia. Por ello, no existiendo tales conclusiones indubitadas, la “*evidencia científica*” del artículo 4.7.b) LOPS, que está referida a los actos médicos, debe relacionarse con la evidencia clínica, es decir, con las actuaciones cuyo beneficio para el paciente es demostrable, sin más, conforme a la experiencia clínica del profesional. Consecuentemente, los colegios de médicos o cualquier otra institución u organización no pueden establecer qué actuaciones cumplen con ese carácter científicamente evidente, en los términos antedichos, excluyendo otras que respondan a la evidencia clínica profesional¹⁵.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023 ha declarado expresamente con relación a dos sanciones disciplinarias impuestas por el colegio de médicos de Guipuzcoa que “*a la corporación colegial en modo alguno le corresponde definir, tutelar ni imponer*” dicha “*verdad científica*”, que no se puede intentar legitimar “*desde un prisma deontológico*”, por lo que se da prevalencia al derecho fundamental a la libertad de expresión (art. 20 CE) de los médicos expedientados (Fundamento Jurídico Tercero)¹⁶. Aun tratándose de un caso en el que lo que está en juego es la libertad de expresión y no la actuación médica, la resolución es importante para esclarecer el significado de la “*evidencia científica*” y su independencia respecto a los criterios de los colegios de médicos.

De otra parte, la obligación de tender hacia la unificación de criterios de actuación recogida por el artículo 4.7.b) LOPS con base en las guías y protocolos médicos sólo puede interpretarse en sentido restrictivo, determinado por la propia norma al decir que los mismos “*deberán ser utilizados de forma orientativa, como guía de decisión*”, orientación y guía que puede no necesitar el profesional si su competencia particular le permite sustentar un criterio de actuación distinto.

En definitiva, la competencia o pericia profesional conlleva autonomía para decidir sobre la forma de actuación médica dirigida al diagnóstico y tratamiento de cada paciente; presupone conocimiento, experiencia y consecuentes criterios, que no tienen por qué ser los mismos en todos los profesionales de una especialidad ni mucho menos aplicables a todos los pacientes que en su caso pudieran catalogarse como pertenecientes a un mismo tipo. Si el profesional no pudiera actuar con autonomía perdería valor su propia competencia y derivaría en una contradicción con la *lex artis ad hoc* del artículo 1104 párrafo primero del Código civil y, específicamente, con el artículo 4.7 LOPS, que en sus declaraciones iniciales dice además que “*el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará*

a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico”.

B. El Código de Deontología Médica de 2022

El valor jurídico no vinculante sino meramente orientativo para el profesional de los protocolos médicos ha sido objeto de estudio por parte del profesor SOLÉ FELIU con carácter reciente y de forma exhaustiva, con análisis pormenorizado incluso de Derecho comparado, poniéndose de manifiesto que, efectivamente, *“que el estándar de conducta profesional sea objetivo no debe impedir adaptarlo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto”* (2022, 15)¹⁷. Por ello, entendemos que, más allá de lo aportado en los epígrafes anteriores, corresponde centrarnos en la valoración de las normas contenidas al respecto en el *Código de Deontología Médica de 2022*.

Concretamente, el artículo 42.1 de dicho código deontológico declara que *“a fin de procurar la seguridad del paciente, el médico debe procurar que todas sus actuaciones estén enmarcadas dentro de las guías de práctica clínica o protocolos aceptados por la comunidad científica en cada momento, salvo que las circunstancias del paciente o caso concreto exijan no actuar dentro de ellas”*, en cuyo caso el médico ha de recabar el consentimiento del paciente y *“dejar constancia en la historia clínica de este hecho y de sus motivaciones”*. En la misma línea, los artículos 20.1 y 20.2 del *Código de Deontología Médica* se refieren a la *“libertad de prescripción”* del médico y a su responsabilidad al respecto pero *“respetando la evidencia científica, las indicaciones autorizadas y la eficiencia”*¹⁸.

Estas normas deontológicas van sin duda más allá del carácter orientativo, no vinculante, de los protocolos médicos y de la autonomía con la que el profesional puede y debe prestar sus servicios, cuestiones ambas que se deducen de normas con rango legal conforme a lo explicado en el apartado anterior.

Y ello porque, en primer lugar, el artículo 42.1 sólo permite al médico no actuar conforme a los *“protocolos aceptados por la comunidad científica”* si las circunstancias del caso concreto *“exigen”* una actuación distinta, lo cual presupone erróneamente la existencia de una pauta o criterio general, aplicable indistintamente a la inmensa mayoría de pacientes, supuestamente semejantes, de la que el médico no puede apartarse conforme a su criterio profesional salvo que concurran unas exigencias en el caso concreto cuyo carácter legitimador para la actuación del médico de forma distinta respecto a lo establecido en el protocolo son además de imposible concreción.

A mayores, se intenta legitimar la validez de tales protocolos con base en su aceptación por la comunidad científica: si entendemos por tal la formada por los investigadores pertenecientes a un área o especialidad determinada, que realizan las correspondientes publicaciones científicas, hay que partir del hecho de que las conclusiones correspondientes a cualquier campo están en constante evolución y muchas de ellas sometidas a discusión, como corresponde a la esencia y naturaleza de la ciencia.

En consecuencia, este intento de vincular la prestación de servicios del médico a criterios o pautas de actuación predeterminados sólo puede ser válida con relación a cuestiones básicas y/o indiscutidas que conlleven en sí mismas una actuación diligente, pero no con relación a cualquier otra que pueda someterse a debate científico en cada una de las especialidades y actos médicos. El profesional está legitimado, en definitiva, para actuar conforme a su *lex artis*, que implica la diligencia debida por contar en su experiencia con una evidencia clínica sustentable que justifique la aplicación de su propio criterio al caso concreto.

Como hemos visto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023 declaró expresamente que la determinación de lo que deba entenderse por “*verdad científica*” no corresponde a los colegios de médicos ni puede establecerse por ello a través de normas deontológicas, a lo que cabe añadir que tampoco es válida la remisión de estas últimas a lo aceptado por la comunidad científica, en los términos inmediatamente antedichos.

Todo ello se enmarca además en este art. 42.1 del *Código de Deontología Médica* en un objetivo de “*seguridad del paciente*” que presupone también errónea e injustificadamente que una actuación médica distinta a lo marcado por los protocolos médicos va en contra de su salud, aun cuando dicha actuación esté corroborada por la experiencia del profesional y consecuente evidencia clínica.

Razones semejantes pueden esgrimirse con relación a los artículos 20.1 y 20.2 del *Código de Deontología Médica*, que parten de la “*libertad de prescripción*” del médico pero subordinan posteriormente esta libertad a que la prescripción sea conforme con la “*evidencia científica*”, concepto que hemos de entender de nuevo limitado a lo que en su caso sea efectivamente evidente por no estar sometido a discusión en el ámbito científico.

Finalmente, hay que destacar que estas normas resultan contradictorias con otras contenidas en el mismo *Código de Deontología Médica*, particularmente con el artículo 6.5, sobre el derecho y deber del médico de ejercer su profesión con “*autonomía profesional e independencia clínica*” así como con “*la libertad de explicar su opinión profesional respecto a la atención y el tratamiento de sus pacientes sin influencia de partes o personas externas*”¹⁹.

Y, de forma indirecta, también resultan contradichas las normas deontológicas que presuponen y fomentan la competencia profesional del médico para

la realización de las actuaciones oportunas en cada supuesto concreto. En este sentido hemos de citar el artículo 19.1, que declara que “*el médico debe abstenerse de las actuaciones que sobrepasen su competencia y capacidad*”, en cuyo caso “*debe proponer al paciente que recurra a otro compañero competente en la materia*”; el artículo 21.1, que reserva la realización de los “*actos médicos especializados*” a los “*médicos que posean la titulación o la formación y competencia adecuadas*”, y el artículo 77.1, que dice que “*la formación médica continuada es un deber deontológico, un derecho y una responsabilidad de todos los médicos a lo largo de su vida profesional*”: si el médico tiene la obligación de formarse de forma continuada, ¿qué sentido tiene no poder apartarse conforme a tal formación de protocolos de actuación genéricos?²⁰.

Por todo ello, los artículos 42.1 y 20.1, en relación con el 20.2, del *Código de Deontología Médica*, carecen de valor jurídico para integrar el contenido de la prestación de servicios del médico, que viene legalmente caracterizada (CC y LOPS) por la autonomía en la toma de decisiones y el repetido carácter orientativo de los protocolos sanitarios. La propia disposición final.1 del *Código de Deontología Médica* declara que, como corresponde con el principio de jerarquía normativa (arts. 9.3 CE y 1.2 CC), “*el médico que actúa amparado por las leyes del Estado no puede ser sancionado deontológicamente*”²¹.

2. EL CONSENTIMIENTO INFORMADO.

A. Información previa, diligencia profesional y derecho fundamental a la integridad física.

La información al paciente sobre la prestación sanitaria que el médico se proponga realizar se materializa, como manifestación concreta de los deberes de información previa exigibles al prestador de servicios²², en la obligación de recabar el denominado consentimiento informado conforme a lo previsto en los artículos 8, 9 y 10 de la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica* (en adelante, LBAP), normas que vienen encabezadas por el significativo título del Capítulo IV de dicha LBAP: “*El respeto a la autonomía del paciente*”.

Este consentimiento informado se configura previamente como uno de los derechos básicos del paciente para “*toda actuación en el ámbito de la sanidad*” (art. 2, “*principios básicos*”, número 2, LBAP) y se define como “*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*” (art. 3 LBAP).

Se pretende, por tanto, que la persona preste correctamente el consentimiento contractual, de forma libre y consciente, con fundamento en los parámetros clásicos de autonomía de la voluntad y vicios del consentimiento que, en este ámbito concreto, requieren específicamente conocimiento y voluntad sobre la naturaleza, características y riesgos de la prestación sanitaria. Para ello, la persona ha de disponer de un plazo de reflexión razonable en función de las circunstancias del caso, pues, como dijo GUERRERO ZAPLANA (2004, 96), *“facilitar la información sin tiempo para prestar el consentimiento es tanto como privar de la información”*²³, plazo de reflexión que el art. 13.1 del *Código de Deontología Médica* de 2022 ha reflejado en el deber del médico de comprobar que el consentimiento se ha otorgado con la *“antelación suficiente”*²⁴.

Con ello, y dado que el médico es *“responsable”* de recabar tal consentimiento informado en lo relativo a su ámbito de actuación (art. 4.3, primer inciso, LBAP²⁵), la omisión o actuación incorrecta en torno al mismo son constitutivas de una actuación no diligente y, además, determinante en sí misma de responsabilidad civil, es decir, con independencia o autonomía respecto de la causación de daños físicos derivados del acto médico no correctamente informado. En estos casos, lo que se produce es una limitación de la capacidad del paciente para decidir con fundamento sobre la actuación sanitaria y, por tanto, un daño moral que entronca directamente con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE) y, en último término, con la inviolabilidad y la dignidad de la persona (art. 10 CE).

Así lo puso de manifiesto la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo: la vulneración del derecho fundamental a la integridad física se produce siempre que exista un *“riesgo relevante”* de que se materialice su lesión, sin necesidad de que el daño físico se haya producido (Fundamento Jurídico 3)²⁶; *“el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho a la integridad física”*; *“para que esa facultad de consentir... pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada..., pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento”*, de forma que *“el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro”* (Fundamento Jurídico 5)²⁷.

La ausencia de consentimiento informado afecta, por tanto, no sólo al derecho a la autonomía decisoria del paciente sino también al derecho fundamental a la integridad física y moral, de modo que ambos derechos se relacionan actuando el primero como garantía del segundo²⁸. Por esta razón, la misma Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 subrayó que sólo puede prescindirse de dicho consentimiento informado en casos de verdadera urgencia, inmediata y grave, en

la que estén en juego otros derechos fundamentales y con una justificación constitucional y cobertura legal suficiente, de manera proporcional y sin posibilidad de interpretación extensiva de las situaciones de falta de capacidad y estado de necesidad terapéutica (Fundamentos Jurídicos 4, 6 y 7)²⁹.

La relevancia, en definitiva, del derecho al consentimiento informado del paciente que pretendemos poner de manifiesto en este momento y la correlativa obligación del médico responsable de recabarlo correctamente justifica el análisis de las normas deontológicas contenidas al respecto en el *Código de Deontología Médica* de 2022 con la finalidad de determinar hasta qué punto integran el contenido de la prestación de servicios médicos por complementar la LBAP o, en su caso, no pueden valorarse con esta finalidad por no ser conformes con las normas legales.

B. El Código de Deontología Médica de 2022

a) La información sobre riesgos de la actuación médica.

El consentimiento informado, necesario para llevar a cabo cualquier actuación en el ámbito de la salud (arts. 2.2, 4.1 y 8.1 LBAP), conlleva el conocimiento previo de todos los aspectos relativos a la misma que en cada caso sean necesarios para que la persona pueda tomar efectivamente una decisión consciente y libre; por ello, la información sobre riesgos de la actuación médica tiene una importancia preponderante.

El *Código de Deontología Médica* de 2022 dedica su Capítulo III a las “*Relaciones del médico con sus pacientes, Información y consentimiento*” (arts. 7.1 a 13.2), ubicando con ello las normas sobre consentimiento informado junto a otras precedentes relativas en su mayoría a la necesidad de que la relación médico-paciente se fundamente en el respeto y la confianza (art. 7.1: “*la asistencia médica exige una relación médico-paciente basada en el respeto y la confianza*”³⁰), pilares de la actuación sanitaria que lo son también de la información que se ha de proporcionar al paciente.

Con carácter previo, es interesante destacar también que, de forma bastante asistemática, el artículo 13.1 del *Código de Deontología Médica* se remite en materia de consentimiento informado a la “*normativa legal*” y a las “*recomendaciones*” de este código deontológico referidas al aporte de “*información adecuada y su comprensión por parte del enfermo*”³¹. Esta última declaración referida al carácter recomendatorio de las normas deontológicas puede ser de nuevo confusa para el profesional, pues no pueden siquiera revestir dicho carácter cuando no sean estrictamente conformes con las normas legales.

Según el artículo 4.1 LBAP, “*los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma*”; información que “*comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”³². La ley pone de manifiesto, por tanto, como es lógico, la importancia de la información sobre riesgos de la actuación médica, que, junto a su finalidad y naturaleza, forma parte del mínimo informativo que se ha de suministrar al paciente. En ello incide el *Código de Deontología Médica* al declarar que “*es deber del médico respetar el derecho del paciente a estar informado adecuadamente en todas y cada una de las fases del proceso asistencial*” (art. 10.1, segundo inciso), de forma que, “*como regla general, la información será la suficiente y necesaria, donde se incluyan los riesgos inherentes a la intervención sanitaria propuesta*” (art. 10.4, segundo inciso)³³.

Con más relevancia, la norma deontológica contenida en el artículo 10.3 se refiere a la necesidad de informar sobre la posibilidad de efectos secundarios de las intervenciones médicas, los cuales hay que entender referidos tanto a las actuaciones consideradas en sí mismas como a los medicamentos que se prescriban derivados de su realización: “*la información incluirá los riesgos derivados de la propia enfermedad y de los efectos secundarios propios de las intervenciones*”³⁴. Es por ello interesante la cita del artículo IV.C.-8:105 DCFR, “*obligación de información*” en la prestación de servicios médicos, dada su incidencia y detalle en la necesidad de informar sobre la relación beneficio-riesgo de las actuaciones médicas³⁵.

La doctrina ha incidido también en la importancia de la información sobre riesgos, subrayando la necesidad de informar sobre los que revisten cierta importancia con carácter independiente a su frecuencia o probabilidad, que puede variar en el tiempo³⁶; con el mismo fundamento, se ha destacado que la información ha de ser especialmente cuidadosa cuando se trate de la denominada medicina voluntaria³⁷, o de procedimientos o medicamentos carentes de suficiente experiencia clínica, con alta probabilidad de efectos adversos desconocidos³⁸. A estos efectos, es significativa la norma contenida en el artículo IV.C.-8:106 DCFR, “*obligación de informar en caso de tratamiento médico innecesario o experimental*”, número (2): “*si el tratamiento es experimental, el profesional sanitario deberá proporcionar toda la información relativa a los objetivos del estudio, la naturaleza del tratamiento, sus ventajas y riesgos y las alternativas, aunque sólo sean potenciales*”, debiendo en este caso prestarse el consentimiento “*de forma expresa y específica*” [art. IV.C.-8:108 (6) DCFR]³⁹.

Respecto a la forma en que ha de suministrarse la información sobre riesgos, el artículo 8.2 LBAP establece como excepciones al consentimiento verbal los supuestos, entre otros, de “*procedimientos que suponen riesgos*” o, incluso,

“inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”, requiriéndose en todo caso para intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores; ello se reitera en el artículo 8.3 LBAP incidiendo en la necesidad de que el paciente disponga de información *“suficiente”* sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos, sin más concreción relativa a los mismos.

El artículo 10.1 LBAP clarifica la *“información básica”* que se debe facilitar a efectos de la prestación del consentimiento informado de forma escrita refiriéndose a *“los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente”* [b)]; *“los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención”* [c)], y *“las contraindicaciones”* [d)]. Además, según el artículo 10.2 LBAP, *“el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención, más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”*.

Sin embargo, el artículo 13.2, segundo inciso, del *Código de Deontología Médica* dice que *“cuando las medidas propuestas suponen para el paciente, a criterio del médico, un riesgo significativo, se debe obtener el consentimiento por escrito”*⁴⁰. Es decir, vincula la forma escrita del consentimiento informado con la existencia de un *“riesgo significativo”* *“a criterio del médico”*, lo cual no parece conforme con las citadas normas legales, que requieren forma escrita ante la existencia de riesgos relacionados con las circunstancias del paciente o probables en condiciones normales, pero no a criterio particular del médico sino porque objetivamente lo sean. Existe un riesgo probable a considerar, por ejemplo, que excluye el criterio particular del médico, cuando se trata de aplicar técnicas o medicamentos que carecen de suficiente experienciación clínica⁴¹.

Por último, la dificultad que puede revestir la delimitación del alcance de la información a suministrar en el caso concreto ha de resolverse tomando como referencia un criterio de razonabilidad, correlato de la buena fe contractual, que lleve a facilitar al paciente la información que una persona razonable consideraría suficiente para poder tomar decisiones conscientes y libres sobre la actuación médica, con especial atención a los riesgos probables que conlleve derivados de su naturaleza y características, objetivamente considerados, y de su aplicación a las circunstancias particulares de la persona⁴². En definitiva, el paciente o, en su caso, familiares o representantes, han de tener la posibilidad real de tomar y asumir la decisión relativa a una actuación médica determinada sobre la base de información suficiente, razonable en función de las circunstancias, facilitada con carácter previo.

a') Comprensibilidad de la información.

El consentimiento informado del paciente sólo puede existir si comprende la información suministrada; por esta razón, pasamos a referirnos a algunas normas deontológicas relativas a la comprensibilidad de la información que en este caso sí se puede considerar que complementan en cierta medida a las normas legales y que por ello tienen valor integrativo de la prestación de servicios médicos.

El artículo 4.2 LBAP parte de un requisito de comprensibilidad de la información previa suministrada al paciente cuya estimación depende lógicamente de su propia capacidad para llegar a dicha comprensión en el caso concreto: *“la información clínica ..., será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”*, comprensibilidad de la información en función de sus *“posibilidades de comprensión”* y *“capacidad para entender”* a la que se vuelven a referir los arts. 5.2 y 5.3 LBAP, respectivamente⁴³.

En el mismo sentido pero de forma más detallada, el *Código de Deontología Médica* de 2022 declara que *“el médico tiene el deber de evaluar la capacidad del paciente para comprender la información”*, poniendo *“especial atención para que los pacientes con dificultad de comprensión participen en el proceso asistencial”* (art. 10.2); *“el médico debe informar al paciente de manera comprensible, con veracidad, ponderación y prudencia”* (art. 10.4, primer inciso); además, *“de esta información se debe dejar constancia en la historia clínica, así como del hecho de haber comprobado la comprensión del contenido de la información por parte del paciente”* (art. 10.4, último inciso), debiendo el médico *“respetar el derecho del paciente a decidir libremente sobre las opciones clínicas indicadas y disponibles, después de recibir la información adecuada y haber comprendido el sentido y alcance de la misma”* (art. 10.8)⁴⁴.

En definitiva, la necesidad de comprensión de la información suministrada deriva en el hecho de que el consentimiento informado vaya mucho más allá de la firma de formularios generales, desvinculados del caso concreto, que constituyen un indicio de dicho consentimiento pero no son concluyentes respecto de que el paciente haya recibido una información suficiente y comprensible, adecuada a sus necesidades y circunstancias⁴⁵. Por ello, resulta también especialmente destacable entre las normas deontológicas el artículo 10.1, primer inciso, del *Código de Deontología Médica*, que, corroborando lo anterior, afirma que *“la información al paciente no es un acto burocrático, sino una parte del acto médico cuyo deber corresponde al médico que lo realiza”*⁴⁶.

a”) Consentimiento informado y estado de necesidad. La consulta a los familiares del paciente.

El *Código de Deontología Médica* de 2022 merece también atención en lo relativo a cómo debe ser la actuación del médico cuando el paciente se encuentra en situación de riesgo inmediato y grave para su salud (estado de necesidad) y no puede consecuentemente prestar el consentimiento informado, y ello por la divergencia que se observa entre la LBAP y las normas deontológicas correspondientes.

Así, el artículo 9.2.b) LBAP dice que *“los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: b). Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”*. Por tanto, en este tipo de situaciones es obligación del médico consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a las personas cercanas al paciente sobre las actuaciones a realizar que, además, sean indispensables para su salud.

En caso de que el estado de necesidad no exista, nos ubicaríamos en uno de los supuestos de otorgamiento del consentimiento informado *“por representación”* [art. 9.3.a) LBAP: *“cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”*, de forma que, *“si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”*]. Concurriendo estado de necesidad, es claro que la ley exige consultar a las personas cercanas al paciente siempre que las circunstancias lo permitan.

Por esta razón, sorprende que el artículo 11.2 del *Código de Deontología Médica* no se refiera a dicha consulta sino a una simple información sobre la actuación médica a las personas cercanas al paciente: *“cuando el paciente no pueda tomar decisiones y se encuentre en una situación de riesgo grave e inmediato para su integridad física o psíquica, el médico, en su posición de garante, tomará las decisiones asistenciales que considere más favorables para el bien del paciente, amparado en el estado de necesidad, debiendo consultar en la medida que la situación se lo permita el documento de instrucciones previas. De no existir, el médico deberá informar al responsable legal, los familiares o los allegados”*⁴⁷.

No es lo mismo, desde luego, “consultar” que “informar” a las personas cercanas al paciente: “consultar” es una actuación previa, requerida por la LBAP, que se debe realizar siempre que las circunstancias lo permitan con la finalidad

de que tales personas cercanas puedan valorar las opciones disponibles. Piénsese, por ejemplo, en la importancia que ello tiene en el tratamiento de pacientes que se encuentran en sus últimos días; la consulta a sus familiares es preceptiva, por lo que no se puede sustituir por una simple información posterior a la actuación médica, que supondría un “desplazamiento” de dichos familiares contrario a la ley.

La norma deontológica en cuestión podría parecer una pretensión de situar a la persona que no puede decidir y que carece de documento de instrucciones previas únicamente bajo el criterio del médico al que corresponda en un momento dado la actuación asistencial. En definitiva, esta falta de conformidad con la LBAP lleva a la conclusión de que se trata de una norma que carece de virtualidad jurídica para integrar la prestación de servicios médicos⁴⁸.

3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS MÉDICOS A DISTANCIA

La prestación de servicios médicos a distancia, de forma no presencial, representa otra cuestión relevante a tener en cuenta no sólo por razones de actualidad sino también porque incide de forma directa en el tema de la diligencia exigible al profesional en orden al cumplimiento de su obligación. A mayores, las normas deontológicas de 2022 contienen reglas novedosas con relación a sus precedentes de 2011 que merece la pena analizar.

En concreto, el actual *Código de Deontología Médica* dedica su Capítulo 23 (arts. 80.1 a 84.2) a lo que denomina “*Telemedicina y tecnologías de la información y comunicación (TIC)*”; en él se establecen un conjunto de normas en las que se incide en aspectos relacionados con la confidencialidad y privacidad del paciente pero no se establecen criterios claros de actuación médica cuando la prestación de servicios se realiza a distancia.

Así, el artículo 80.1 inicia dicho capítulo declarando que “*el uso de los medios telemáticos u otros sistemas de comunicación no presenciales destinados a la ayuda en la toma de decisiones dentro del ámbito profesional es conforme a la Deontología Médica, siempre que sea inequívoca la identificación de quienes intervienen, se asegure la confidencialidad y se usen vías de comunicación que garanticen la máxima seguridad disponible*”⁴⁹.

Con ello, se vincula el uso de medios no presenciales en la prestación de servicios médicos a la “*ayuda en la toma de decisiones*”, si bien llama la atención que seguidamente esta práctica se considere conforme a la deontología médica únicamente si se asegura la identificación de las partes intervinientes y la confidencialidad y seguridad, las cuales entendemos referidas, pues no se especifica, a la actuación médica, con especial consideración del paciente. No se hace, por

tanto, ninguna referencia ni al tipo de actos médicos que se pueden realizar de forma no presencial ni a criterios de actuación del profesional que garanticen una prestación sanitaria diligente cuando no tiene contacto directo con el paciente.

El artículo 81.1 del *Código de Deontología Médica* recuerda que rigen, para estas modalidades de atención no presencial, “*los preceptos deontológicos de este Código acerca de la relación médico paciente, la defensa de los derechos y la seguridad del paciente, así como el respeto y autonomía de los profesionales sanitarios*”⁵⁰. Esta declaración, sin aportar nada específico, sí que viene a confirmar que sólo actuaciones médicas que podríamos calificar como secundarias, en el sentido de no requerir la presencialidad del paciente por suponer una simple “*ayuda en la toma de decisiones*”, pueden prestarse a distancia, pues sólo de esta manera es posible la garantía de los derechos y seguridad de la persona que recibe la prestación.

En la misma línea garantista al tiempo que genérica, el artículo 81.2 dice que el médico “*debe ser responsable de sus actos y de los daños directos e indirectos que de su actuación se puedan derivar*”, y, por su parte, el artículo 81.3 declara que “*sus intervenciones deben estar presididas por base científica, profesionalidad, veracidad y prudencia, y siempre serán conformes al contenido de este Código*”⁵¹.

El resto de normas deontológicas que conforman el aludido Capítulo 23 y que se refieren a la prestación asistencial a distancia siguen girando en torno a temas de confidencialidad y seguridad, mereciendo destacarse el artículo 80.2, que obliga a registrar en la historia clínica “*el medio de telemedicina por el que se ha realizado la consulta*” así como el tratamiento médico y las recomendaciones dadas al paciente, en este último caso de forma innecesaria por ser algo inherente a cualquier actuación médica⁵². Por último, el artículo 82.1 incide en que el médico debe en estos casos “*extremar las medidas destinadas a proteger la seguridad y la confidencialidad del paciente, poniendo especial atención en la configuración de la privacidad de dichos medios*”⁵³.

El mismo Capítulo 23 del *Código de Deontología Médica*, bajo la rúbrica como hemos visto de “*Telemedicina y tecnologías de la información y comunicación (TIC)*”, contiene también normas que permiten relacionar la atención médica no presencial con la Inteligencia Artificial, a la que seguidamente se dedica específicamente el Capítulo 24, “*Inteligencia Artificial (IA) y bases de datos sanitarios*”. Así, el artículo 82.2 dice que la investigación “*y otras actividades*” que tengan relación con la Inteligencia Artificial y bases de datos de salud “*deben ser en beneficio de la sociedad y de los objetivos de salud pública*”. Ello lleva a considerar la posibilidad de que se utilice la robótica en las prestaciones médicas a distancia, que estarían incluidas en estas “*otras actividades*”, cuya legitimación vendría por tanto a través de lo que se denomina “*beneficio de la sociedad*” y “*objetivos de salud pública*”, sin más concreciones que, de nuevo, las relaciona-

das con la confidencialidad y seguridad de los datos del paciente a que se refiere el siguiente artículo 82.3⁵⁴.

Acudiendo al Capítulo 24, compuesto únicamente por tres normas para la regulación de la Inteligencia Artificial en el ámbito médico (arts. 85, 86.1 y 86.2), es necesario destacar el artículo 86.1: “*los sistemas robóticos pueden servir de ayuda en la toma de decisiones clínicas y sanitarias, pero no sustituyen a la obligación que el médico tiene de utilizar los métodos necesarios para la buena práctica profesional*”⁵⁵. Esta mención es importante en la medida en que recuerda los fundamentos básicos del cumplimiento de la obligación del médico conforme a la *lex artis ad hoc* ante cualquier tipo de actuación, presencial o no presencial y con utilización o no de sistemas de Inteligencia Artificial, a los que se atribuye también un carácter auxiliar para la “*ayuda en la toma de decisiones*”.

Finalmente, el Capítulo 23 del *Código de Deontología Médica* recoge normas referidas al uso de las tecnologías de la información y comunicación para la realización de actividades de divulgación de conocimiento por parte del médico, introduciéndose como límite a las mismas y, por tanto, al derecho fundamental a la libertad de expresión [art. 20.1.a) CE], el concepto de “*evidencia científica*” (art. 81.5 en relación con los arts. 83.1 y 83.2)⁵⁶, cuya determinación no corresponde, según hemos visto con ocasión del tema de los protocolos médicos, a los colegios profesionales⁵⁷.

El tratamiento de las actividades divulgativas junto a la prestación de servicios médicos a distancia aparece justificado formalmente a través de la citada rúbrica del Capítulo 23, si bien son actividades sustancialmente distintas, prestación de servicios médicos y divulgación, que merecerían por ello normas deontológicas sistemáticamente separadas. Únicamente el artículo 81.4, referido a que el médico debe cuidar su actitud, imagen y lenguaje en los “*sistemas de comunicación social*”, podría considerarse de forma un tanto forzada común a ambas cuestiones, aunque su espíritu parece más bien referido a las actividades de divulgación.

Con independencia de todo ello, las normas relativas a la prestación de servicios médicos a distancia introducidas por el *Código de Deontología Médica* de 2022 resultan insuficientes a efectos de determinar los límites de esta actuación médica, sobre todo en consideración de la propia naturaleza de un código deontológico, que está destinado a establecer normas concretas que faciliten el ejercicio de la profesión de conformidad con el marco legal correspondiente. El concepto clave a tener en cuenta es, sin duda, el de “*ayuda en la toma de decisiones*” del artículo 80.1: sólo cuando la atención médica tenga esta finalidad puede evitarse el contacto directo entre médico y paciente y, por tanto, prestarse un servicio a distancia que sea acorde con los parámetros de diligencia profesional marcados por la aplicación de la *lex artis ad hoc*.

En este sentido, llama la atención el hecho de que las normas contenidas al respecto en el precedente *Código de Deontología Médica* de 2011 se referían a

las posibilidades de actuación médica a distancia de forma más concreta y coherente con dichas pautas relativas a la diligencia profesional así como con un criterio de razonabilidad, aplicable tanto a la prestación del médico como a las expectativas, razonables, del paciente acreedor del servicio.

Aludimos por ello en primer lugar al derogado artículo 26.3 de dicho código de 2011, que determinaba taxativamente que, como regla general, *“el ejercicio clínico de la medicina mediante consultas exclusivamente por carta, teléfono, radio, prensa o internet, es contrario a las normas deontológicas”*, pues *“la actuación correcta implica ineludiblemente el contacto personal y directo entre el médico y el paciente”*. Como excepción, el artículo 26.4 declaraba *“éticamente aceptable”*, sólo *“en caso de una segunda opinión y de revisiones médicas”*, *“el uso del correo electrónico u otros medios de comunicación no presencial y de la telemedicina, siempre que sea clara la identificación mutua y se asegure la intimidad”*. Finalmente, el artículo 26.5 abundaba en lo anterior diciendo que *“los sistemas de orientación de pacientes, mediante consulta telefónica o telemedicina, son acordes a la deontología médica cuando se usan exclusivamente como una ayuda en la toma de decisiones”*⁵⁸.

El punto en común entre ambas normativas deontológicas es, por tanto, el concepto de *“ayuda en la toma de decisiones”*, que, siendo fundamental para determinar el alcance de la prestación de servicios médicos a distancia, se queda sin embargo sin ningún tipo de concreción en el actual *Código de Deontología Médica*. Pese a ello, entendemos que la prestación médica a distancia está legitimada como actuación médica diligente cuando se limita estrictamente a orientar al paciente en dicha toma de decisiones que no requieren de valoración presencial, bien porque lo que se solicite sea únicamente una segunda opinión sobre la base de pruebas ya realizadas o bien porque se trate de una actuación que por cualquier otra razón no precise de la presencialidad del paciente, como pudiera ser la dispensación periódica de recetas⁵⁹.

IV. CONCLUSIONES

I.— Con carácter general, el valor jurídico integrativo como usos *ex artículo 1258 del Código civil* de las normas deontológicas para los contratos de prestación de servicios profesionales conlleva tener en cuenta que no pueden suponer actuaciones unilaterales del prestador del servicio injustificadamente contrarias a la voluntad del acreedor ni una generalización de cláusulas contractuales habituales pero de carácter especial o excepcional.

II.— Las normas deontológicas han de ser estrictamente conformes con las normas de rango legal (de carácter general o de aplicación específica a cada sec-

tor profesional, imperativas y también de derecho dispositivo), que constituyen el primer criterio de integración del contrato recogido por el artículo 1258 del Código civil en concordancia con el principio de jerarquía normativa.

Por esta razón, la redacción de los arts. 1.1 y 1.2 del *Código de Deontología Médica* de 2022, que subraya la obligatoriedad de cumplimiento de las normas deontológicas bajo amenaza de sanción pero sin referencia alguna a la existencia y superioridad jerárquica de la ley, puede inducir a error en los profesionales médicos respecto al alcance jurídico de tales normas deontológicas.

III.— Los protocolos médicos tienen un valor orientativo para el ejercicio de la profesión cuyo fundamento se encuentra tanto en la diligencia exigible al prestador de servicios conforme al artículo 1104 párrafo primero del Código civil, adecuada a las circunstancias del caso concreto, como, específicamente, en el art. 4.7.b) LOPS, que les atribuye de forma expresa dicho carácter orientativo presuponiendo con ello la competencia y autonomía del profesional. La referencia contenida en esta última norma a la “*evidencia científica*” ha de entenderse, en la línea marcada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023, en el sentido de que la determinación de este concepto no corresponde a los colegios de médicos ni a ninguna otra institución o asociación de carácter sanitario.

Por ello, las normas deontológicas que contradicen lo anterior carecen de valor jurídico para integrar el contenido de la prestación de servicios médicos, particularmente, el artículo 42.1 del *Código de Deontología Médica*, que otorga a los protocolos un valor claramente superior al orientativo, acercándose a una atribución de carácter vinculante que no permite al médico actuar de forma distinta respecto a lo establecido en dichos protocolos, con base en su competencia y experiencia clínica, salvo que concurran circunstancias excepcionales que lo exijan y que tampoco se delimitan.

Además, la misma norma deontológica relaciona los protocolos médicos con su aceptación “*por la comunidad científica*”, lo cual no los legitima dada la misma esencia y naturaleza de la ciencia, cuyas conclusiones están en constante evolución y muchas de ellas sometidas a discusión, por lo que sólo cuestiones básicas y/o indiscutidas en el ámbito científico determinan la actuación diligente del médico. En el mismo sentido, los artículos 20.1 y 2 del *Código de Deontología Médica* condicionan la libertad de prescripción del médico a la “*evidencia científica*”, concepto respecto del que hay que reiterar las consideraciones anteriores.

IV.— La prestación del consentimiento informado por parte del paciente tiene una importancia trascendental en los servicios sanitarios, pues afecta no sólo a la autonomía decisoria de la persona sino también a su derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE).

A estos efectos, los artículos 8.2 y 3 en relación con el artículo 10.1.b) y c) LBAP requieren que la información sobre los riesgos probables de la actuación

médica y/o relacionados con las circunstancias del paciente se suministre en todo caso, se consienta por escrito y sea suficiente, suficiencia que debe interpretarse en el sentido de razonable conforme a las circunstancias del caso para que la persona pueda tomar una decisión verdaderamente consciente y libre.

Por ello, el art. 13.2, segundo inciso, del *Código de Deontología Médica*, que se refiere a la obligación de recabar el consentimiento por escrito cuando se trate de un “riesgo significativo” “a criterio del médico” carece de valor jurídico para integrar el contenido del contrato. Una cosa es que el médico deba actuar conforme a la *lex artis ad hoc*, valorando específicamente la historia clínica del paciente, y otra distinta que pueda decidir cuándo un riesgo es significativo; si el riesgo existe objetivamente en el sentido expuesto, la LBAP requiere que sea informado y consentido por escrito.

Por otro lado, sin embargo, la comprensibilidad de la información suministrada al paciente, necesaria para que exista consentimiento informado (arts. 4.2, 5.2 y 3 LBAP), aparece más detallada por las normas deontológicas (arts. 10.1, 2, 4 y 8), que integran por ello en este punto la prestación de servicios médicos.

Finalmente, el artículo 11.2 del *Código de Deontología Médica*, relativo a la situación de estado de necesidad del paciente a efectos de la prestación del consentimiento informado, no resulta conforme con el artículo 9.2.b) LBAP, que requiere consulta a sus familiares si las circunstancias lo permitan y no una simple información posterior a la actuación médica, como recoge la norma deontológica, por lo que carece de virtualidad jurídica para integrar el contrato.

V.— La prestación de servicios médicos a distancia de forma diligente sólo es posible cuando tenga por objetivo una actuación que, por su naturaleza, no requiera de contacto presencial entre médico y paciente. En este sentido debe ser interpretado el art. 80.1 del *Código de Deontología Médica*, que legitima este tipo de prestaciones si están dirigidas a la “ayuda en la toma de decisiones”, para cuya concreción eran más explícitas las normas deontológicas precedentes de 2011.

V. RESOLUCIONES CITADAS.

- Sentencia del Tribunal Constitucional de 28 de marzo de 2011, Sala Segunda, Ponente: Excm. Sra. Dña. Elisa PÉREZ VERA (nº 37/2011, BOE de 28 de abril).
- Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2021 (nº 23922/19, caso *Gawlik versus Liechtenstein*), [en línea, <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-208280>].

- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 5 de julio de 2023, Sala de lo Contencioso Administrativo (nº 273/2023, *RJA* nº 400169).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de abril de 2023, Pleno, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Carlos CAMPO MORENO (nº 38/2023, *BOE* de 22 de mayo).
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 6 de noviembre de 2023, Pleno, Ponente: Excmo. Sra. Dña. Inmaculada MONTALBÁN HUERTAS (nº 148/2023, *BOE* de 18 de diciembre).

VI. FUENTES.

- *Propuesta de la Comisión General de Codificación (Sección Civil) de 13 de abril de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios*, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 2011 [en línea, https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF].
- *Código de Deontología Médica, Guía de ética médica*, Organización Médica Colegial de España — Consejo General de Colegios oficiales de Médicos, julio de 2011 [en línea, https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf].
- *Código de Deontología Médica, Guía de ética médica*, Organización Médica Colegial de España — Consejo General de Colegios oficiales de Médicos, diciembre de 2022, publicado el 23 de marzo de 2023 [en línea, <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>].
- *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2023, prólogo de Antonio PAU, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación [en línea, <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>].

VII. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO-SÁEZ, J. (2023). “Consentimiento informado y personas con discapacidad. A propósito de la experiencia vivida a través de la vacunación”. *Revista de Derecho Privado*, nº 2, 3-26.

- DÍAZ MARTÍNEZ, A. (2011). “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral, Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37)”. *Aranzadi Civil-Mercantil, Revista doctrinal*, nº 5, 25-35.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Introducción, Teoría del contrato. Cizur Menor (Navarra): Thomson Civitas.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2007). *Derecho sanitario y responsabilidad médica, Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*. Valladolid: Lex Nova.
- GARCÍA RUBIO, M^a P. (2006). “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica”. En Llamas Pombo, E. (coord.). *Estudios de Derecho de Obligaciones, Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*. Tomo I. Madrid: La Ley (pp. 801-827).
- GUERRERO ZAPLANA, J. (2004). *El consentimiento informado, Su valoración en la jurisprudencia, Ley básica 41/2002 y leyes autonómicas*. Valladolid: Lex Nova.
- GONZÁLEZ CARRASCO, M^a C. (2021). “La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad”. *Derecho Privado y Constitución*, nº 39, 213-247.
- HERNÁNDEZ MANZANARES, A. (2024). “Análisis de la reciente doctrina jurisprudencial sobre negligencias médicas”. *Diario La Ley*, nº 10449, 1-7.
- JEREZ DELGADO, C. (2015). “Principios, definiciones y reglas de un Derecho civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)”. (Coord. de la versión española). Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. / SANCHO REBULLIDA, F. DE A. / LUNA SERRANO, A. / DELGADO ECHEVERRÍA, J. / RIVERO HERNÁNDEZ, F. / RAMS ALBESA, J. (2010). *Elementos de Derecho civil*. I. Parte General. Volumen Segundo. Personas. Madrid: Dykinson.
- LÓPEZ GARCÍA, P. (2022). “Duración del plazo de reflexión entre que se informa al paciente para prestar el consentimiento informado y se realiza el acto médico”. *Actualidad Civil*, nº 2, 1-8.
- LLAMAS POMBO, E. (2023). “El daño derivado de la falta de consentimiento informado y su reparación”. *Actualidad Civil*, nº 11, 1-14.
- MACÍA MORILLO, A. (2020). “El daño derivado de la falta de información médica”. En Herrador Guardia, M. J. (director). *Derecho de Daños (cuestiones actuales)*, 2020. Madrid: Francis Lefebvre (pp. 531-622).
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2023-1). “Razonabilidad y Contrato de Servicios, Una aproximación a su utilidad como criterio de valoración del comportamiento contractual”. *Anuario de Derecho Civil*, fascículo I, 127-163.
- PÉREZ ESCOLAR, M. (2023-2). “Servicios sanitarios e información al paciente, Reflexiones en torno al proceso de administración de las “vacunas Covid-19””. *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 61, 27-60.
- PLAZA PENADÉS, J. (2002). *El nuevo Marco de la Responsabilidad Médica y Hospitalaria*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi.
- RAMOS GONZÁLEZ, S. (2012). “Libro IV, Parte contrato de servicios, Capítulo 8: Servicios médicos”. En Vaquer Aloy, A. / Bosch Capdevila, E. / Sánchez González, M.

- P. (coords.). *Derecho Europeo de Contratos, Libros II y IV del Marco Común de Referencia*. Tomo II. Barcelona: Atelier (pp. 1321-1379).
- SIERRA GABARDA, R. (2021). “Derecho al honor y personas jurídicas en el CEDH: jurisprudencia reciente”. *Diario La Ley*, nº 9911, 1-5.
- SOLÉ FELIU, J. (2022). “Estándar de diligencia médica y valor de los protocolos y guías de práctica clínica en la responsabilidad civil de los profesionales sanitarios”. *Revista de Derecho Civil*, nº 3, 1-52.
- TORRELLES TORREA, E. (2022). “La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el “mayor beneficio para la vida y salud del paciente” en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario”. *InDret*, nº 3/2022, 76-113.
- TORRES COSTAS, E. (2021), “La vacunación contra el Covid-19 de personas mayores residentes en centros de mayores: ¿Derecho o imposición? El consentimiento informado por representación, Primeras resoluciones judiciales”. *Diario La Ley*, nº 9797, 1-24.

NOTAS

¹ Disponible en <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>.

² Reformada de forma importante, entre otras, por la conocida *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*.

³ Vid. LACRUZ BERDEJO (2010), 273-274. De ahí también su sometimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 8.1 LCP).

⁴ Vid. DíEZ-PICAZO (2007), 430: “*las costumbres o normas jurídicas consuetudinarias son normas jurídicas independientes de la ley, mientras que los usos son criterios a los que la ley se remite especialmente*”. No obstante, como señala el mismo autor, se trata de una conclusión “*oscurecida*” a la luz del artículo 1.3 párrafo segundo del Código civil, conforme al que tienen también la consideración de costumbre “*los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad*”. Con ello, este tipo de usos (sin *opinio iuris*) con valor integrador (no interpretativo) de la voluntad contractual ex artículo 1258 del Código civil tendrían la consideración de costumbre, si bien es cierto que a partir del valor normativo que les otorga la citada norma.

⁵ Seguramente buscando mantener en este punto la claridad del texto originario. Cfr. <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>, 16 (prólogo de Antonio PAU, Presidente de la Sección Primera de la Comisión General de Codificación), 101.

⁶ Vid. DíEZ-PICAZO (2007), 431.

⁷ En el mismo sentido hay que entender el artículo 1287 del Código civil cuando se refiere, en sede de interpretación del contrato, a la utilización del “*uso*” con la finalidad de suplir “*la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse*”, cláusulas, por tanto, que han de ser habituales, no excepcionales.

⁸ Vid. DíEZ-PICAZO (2007), 430: la “*función ordenadora*” del contrato atribuida al Derecho dispositivo lleva incluso a cuestionar la validez de las desviaciones extraordinarias e injustificadas de las partes contratantes respecto a dichas normas dispositivas, a examinar en el caso concreto.

⁹ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 17.

¹⁰ La confusión puede ser mayor en ámbitos profesionales menos regulados que el sanitario, pues la extraña situación normativa que caracteriza al contrato de servicios, carente de una regulación básica general adecuada, lleva a incrementar la importancia del valor integrativo de las normas deontológicas. Vid. PÉREZ ESCOLAR (2023-1), 128 y ss.

¹¹ En este sentido, PLAZA PENADÉS (2002) se refirió al “*extremado deber de cuidado*” exigible al médico en su actuación (61 y ss, 63).

¹² Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 234.

¹³ Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 234-235.

¹⁴ Al tiempo, la concordancia de esta norma con el artículo IV.C.-2:106 *DCFR*, relativo a la necesidad de que el prestador de cualquier tipología de servicios obtenga un resultado razonablemente esperado por el acreedor, conlleva que la actuación del médico ha de tener también en cuenta las expectativas u objetivos razonables del paciente, que lo serán si su consecución está bajo la órbita de control del profesional. Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 211. Sobre el tema, vid. PÉREZ ESCOLAR (2023-1), 141 y ss, 145 y ss.

¹⁵ Vid. SOLÉ FELIU (2022), 37 y ss, en lo que denomina “argumentos de carácter técnico” para defender el “necesario valor orientativo” de los protocolos sanitarios: “no existe en la comunidad científica un acuerdo plenamente compartido sobre el proceso que debe seguirse para elaborar y aprobar guías de práctica clínica, incorporar en ellas una u otra directriz, o bien sobre la estructura, la terminología o las características que deban reunir; lo que desaconseja reconocerles carácter prescriptivo. Por otro lado, el hecho de que el ejercicio de la medicina dependa de factores diversos y complejos, ajenos algunos al control del propio profesional de la medicina, así como la evolución incierta de determinadas patologías o de las características particulares de cada paciente, convierte la toma de decisiones en un proceso abierto, en el que, más que una opción vinculante para el profesional, requiere ofrecerle un marco más general, con un abanico flexible de alternativas posibles”.

Por el contrario, con criterio que no compartimos, HERNÁNDEZ MANZANARES (2024), 6: “El protocolo médico o reglas de la “lex artis” deben estar claras de forma pre-constituida. Si no fuera así no podría exigirse el cumplimiento de una diligencia debida si no se conoce con carácter previo cuál es el marco por el que se debe discurrir profesionalmente para actuar”.

¹⁶ Sentencia nº 273/2023, de 5 de julio, Sala de lo Contencioso Administrativo, Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi (en adelante, RJA), nº 400169.

En la misma línea, es también destacable, el Fundamento Jurídico Cuarto de la resolución: “lo que carece de todo fundamento y legitimidad es que los Colegios Profesionales, universalizando su control y fiscalización, censuren y desacrediten éticamente las manifestaciones y opiniones de carácter técnico, científico o, en su caso docente, que, fuera de él, pueda realizar quienes son colegiados, y las repriman con muy graves medidas coercitivas de privación del ejercicio, lo que, para entenderlo en toda su dimensión bastará considerar que, desde el mismo axiomático principio de la “verdad científica” cualquier colegio profesional podría derivar en una organización paraestatal que censurarse y sancionase a productores y divulgadores científicos de su ámbito de conocimiento aun dotados de las garantías constitucionales de la libertad de cátedra, y ello sin que principio constitucional u regla legal lo autorice ni les otorgue tamaña prerrogativa, de la que, por definición ningún poder público goza en un estado democrático”.

¹⁷ Vid. SOLÉ FELIU (2022), especialmente, 15 y ss, 25 y ss, 37 y ss.

¹⁸ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 72 y 44, respectivamente.

¹⁹ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 23.

²⁰ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 43, 46 y 125, respectivamente.

Con relación al artículo 21.1, el artículo 24 del derogado *Código de Deontología Médica* de 2011 era significativamente más explícito en lo relativo a esta valoración de la competencia profesional, pues, partiendo también de que los actos médicos especializados corresponden a los facultativos que posean el título correspondiente, ello se entendía “sin perjuicio de que cualquier titulado en medicina pueda, ocasionalmente, realizarlos”, pues “a ningún médico, si posee la destreza y los conocimientos necesarios adecuados al nivel de uso que precise, se le puede impedir que los aplique en beneficio de sus pacientes”, aun cuando no se le pudiera atribuir la condición de especialista en la técnica o materia concreta.

En la misma línea, el artículo 46.1 de dicho *Código de Deontología Médica* de 2011 incidía más que el actual art. 77.1 en la necesidad de formación continuada, pues establecía que, “además de realizar las tareas asistenciales, el médico debe disponer de tiempo en su jornada laboral para la actualización de conocimientos, así como para la docencia e investigación”.

Cfr. https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf, 22 y 38, respectivamente.

²¹ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 155.

²² Sobre la relevancia de los deberes de información previa en las prestaciones de servicios, es interesante el art. IV.C.-2:102 *DCFR*, “*deberes precontractuales de advertir*”, que recogió específicamente la necesidad de informar sobre el riesgo de que el servicio no alcance el resultado previsto o perjudique otros intereses de su destinatario [art. IV.C.-2:102 (1) (a) y (b) *DCFR*]. Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 207 y 208. *Vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-2), 29 y 30. Y, en la misma línea, el art. 1583, “*deber precontractual de información del prestador del servicio*”, de la *Propuesta de la Comisión General de Codificación (Sección Civil) de 13 de abril de 2011 relativa a la regulación del contrato de servicios* (en adelante, *Propuesta de la CGC*), inspirada en buena parte en el *DCFR*. Cfr. https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292430803174-Contrato_de_servicios.PDF, 2-3.

²³ Sobre el tema, recientemente, *vid.* LÓPEZ GARCÍA (2022), 1 y ss.

²⁴ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 34.

²⁵ La figura del “*médico responsable*” se define como el “*profesional que tiene a su cargo coordinar la información y la asistencia sanitaria del paciente o del usuario, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales*” (art. 3 LBAP).

El artículo 4.3, segundo inciso, LBAP, extiende la responsabilidad de recabar el consentimiento informado del paciente a “*los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto*”, que “*también serán responsables de informarle*”, lo cual incluye por tanto al personal de enfermería. Asimismo lo reproduce el artículo 10.3 párrafo segundo del *Código de Deontología Médica*. Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 30.

²⁶ Cfr. BOE de 28 de abril de 2011, 51.

²⁷ Cfr. BOE de 28 de abril de 2011, 53-54.

²⁸ *Vid.* DÍAZ MARTÍNEZ (2011), 27, 29 y ss, 33 y ss: “*el paso cualitativamente relevante que da esta sentencia (...) es configurar como lesión de tal derecho fundamental (...) una intervención en el ámbito sanitario, con finalidad curativa, realizada sin su consentimiento*”.

Con anterioridad, argumentando el vínculo entre falta de información/negligencia profesional, autonomía de la voluntad y responsabilidad civil, *vid.* GARCÍA RUBIO (2006), 805, 810-811, 823 y ss: “*el daño debe ser asignado al médico por no haber dado al paciente la oportunidad de decidir de modo consciente y libre*”, pues, incluso en ausencia de daño corporal, la información incorrecta supone una lesión de la autonomía decisoria del paciente indemnizable como tal (827).

Posteriormente, *vid.* MACÍA MORILLO (2020), 561 y ss, 578 y ss, con análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre falta de información médica, y LLAMAS POMBO (2023), 4 y ss, específicamente sobre la configuración del daño por ausencia de consentimiento informado como daño moral autónomo, vinculado con el derecho fundamental a la integridad física de la persona, con la posición más clara y reciente sobre el tema así como también con el correspondiente análisis de la evolución jurisprudencial.

²⁹ *Vid.* BOE de 28 de abril de 2011, 51 y ss, 54-55, 56.

³⁰ Los artículos 7.2 a 8.4 ahondan en la necesidad de respeto y confianza entre médico y paciente con relación a cuestiones concretas. Destacan entre ellos los artículos 7.2, “*las quejas de un paciente no deben afectar negativamente a la calidad de la asistencia que se le preste*”;

7.4, relativo al derecho a cambio de médico o centro sanitario; 7.6, sobre la obligación del médico de velar por que el lugar en el que presta asistencia “*sea acorde con la dignidad y el respeto que merece el paciente*”, y 8.1, “*el médico debe actuar con corrección y delicadeza, respetando la intimidad del paciente*”.

Más adelante, entre las normas relativas al consentimiento informado, el artículo 10.7 declara que “*el médico debe respetar las convicciones del paciente y abstenerse de imponerle las propias*”, y, en el mismo sentido, el artículo 10.9 incide en el deber del médico de respetar el rechazo del paciente a pruebas diagnósticas o tratamientos. Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 27-28, 31.

³¹ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 34.

³² Sobre la necesidad de consentimiento informado en el proceso de administración masiva que fue llevado a cabo con relación a las “vacunas Covid-19”, con valoración del “*riesgo para la salud pública*” del art. 9.2.a) LBAP, *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-2), 32-33.

³³ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 29-30.

³⁴ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 29-30, partiendo de la identificación del médico responsable como “*elemento esencial en la relación médico-paciente*” (art. 9).

³⁵ *Vid.* JEREZ DELGADO (2015), 235.

³⁶ *Vid.* GARCÍA RUBIO (2006), 807 y ss.

³⁷ *Vid.* GARCÍA RUBIO (2006), 808: cuanto menos necesario sea el acto médico, “*más exhaustiva ha de ser la información*”.

³⁸ *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO (2007), 301, 405 y 406.

³⁹ Cfr. JEREZ DELGADO (2015), 235 y 237.

⁴⁰ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 34.

⁴¹ Específicamente con relación a la información sobre riesgos en los procesos de administración de las “vacunas Covid-19”, *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023-2), 36 y ss.

⁴² Así, sobre la aplicación de criterios de razonabilidad a los servicios médicos, *vid.* RAMOS GONZÁLEZ (2012), 1350 y ss; 1354; PÉREZ ESCOLAR (2023-1), 145 y ss.

⁴³ Para las situaciones concretas de discapacidad, *vid.* GONZÁLEZ CARRASCO (2021), 223 y ss; TORRELLES TORREA (2022), 84-85.

⁴⁴ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 29-31.

⁴⁵ *Vid.* DOMÍNGUEZ LUELMO (2007), 302 y ss, 309-310.

⁴⁶ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 29.

⁴⁷ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 32.

⁴⁸ Al margen del estado de necesidad pero en la misma línea, otorgando en este caso el poder de decisión a la autoridad judicial, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 38/2023, de 20 de abril, ante un caso de persona con discapacidad, afectada de Alzheimer, cuyo hijo tutor no prestó consentimiento por representación para la administración de la “vacuna Covid-19” y partiendo del hecho de que, según dice la resolución, el estado evolutivo de la enfermedad y la ausencia de instrucciones previas impidieron conocer la voluntad, deseos y preferencias de la persona.

La resolución desestima el recurso de amparo interpuesto por posible vulneración, entre otros, del derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE) y ratifica la autorización judicial otorgada para dicha actuación médica no consentida por el representante legal sobre la base del “*mayor beneficio para la vida o salud del paciente*” que debe sustentar la decisión conforme al artículo 9.6 LBAP, norma que considera “*habilitante de la injerencia*” en dicho derecho fundamental a la integridad física de la persona (Fundamento Jurídico 5).

En estos términos, el “*mayor beneficio para la vida o salud del paciente*”, que la misma sentencia dice que ha de valorarse conforme a “*criterios puramente objetivos, plenamente fiscalizables por el juez civil*” (Fundamento Jurídico 6), resulta cuestionable ante la inexistencia de experienciación clínica suficiente sobre el medicamento como, precisamente, dato objetivo. Podría incluso valorarse la aportación de documentación médica al procedimiento desaconsejando su administración, que demuestra como mínimo la ausencia de un criterio indubitado al respecto en el ámbito sanitario. *Vid.* BOE de 22 de mayo de 2023, 70750 y ss, especialmente, con los Fundamentos Jurídicos 5, 6 y 7, 70765 y ss.

Por ello, parece que “*al final es el juez el que vacuna creyendo atender a lo que supone un mayor beneficio y protección para la persona con discapacidad*”. Así, con anterioridad a esta resolución del TC, DELGADO-SÁEZ (2023), 25. Cabe traer también a colación el trabajo de TORRES COSTAS (2021), 10 y ss, incidiendo en la reconstrucción de la voluntad hipotética de la persona como prioridad del actual sistema de apoyos a la discapacidad, que no se deduce sin embargo de este procedimiento.

En el mismo sentido también pero ante un caso de desacuerdo de los padres con relación a la vacunación de la hija menor de edad, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 148/2023, de 6 de noviembre, considerando como norma habilitante para la injerencia en el derecho fundamental a la integridad física de la menor, de 11 años, el art. 9.3.c) LBAP, presumiendo su falta de capacidad para comprender intelectual y emocionalmente el alcance de la intervención, sin trámite de audiencia en el procedimiento, y considerando que la autorización judicial de la vacunación tuvo por fundamento el “*interés superior*” de dicha menor, físico y mental, en este último caso para evitar que lo contrario afectara a sus “*relaciones interpersonales*” e incluso la produjera un “*aislamiento social*”. *Vid.* BOE de 18 de diciembre de 2023, 167042 y ss, especialmente, con el Fundamento Jurídico 4, remisión a la anterior Sentencia del Tribunal Constitucional nº 38/2023, y Fundamento Jurídico 5, 167052 y ss, 167057 y ss.

⁴⁹ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 133.

⁵⁰ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 133.

⁵¹ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 133-134.

⁵² Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 133.

⁵³ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 134.

⁵⁴ Artículo 82.3: “*En la Inteligencia Artificial es fundamental que el médico se comprometa en la protección de la confidencialidad, control y propiedad de los datos del paciente y en desarrollar modelos que incluyan el consentimiento y la gestión de los datos*”. Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 134-135.

⁵⁵ Cfr. <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 139.

⁵⁶ *Vid.* <https://www.cgcom.es/codigo-deontologia-medica>, 134-135, con ubicación también en los artículos 84.1 y 84.2 de las precauciones a adoptar en relación con la publicidad utilizada por el médico y los posibles patrocinios/conflictos de intereses que pudieran afectarle en la actividad de divulgación por medios tecnológicos.

⁵⁷ Respecto al derecho fundamental a la libertad de expresión del médico, es interesante la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de febrero de 2021 (nº 23922/19, caso *Gawlik versus Liechtenstein*) (disponible en <https://hudoc.echr.coe.int/?i=001-208280>), en la que se justifica la medida sancionatoria impuesta al médico (despido) con base en la que se considera prevalencia en el caso concreto del derecho al honor del hospital y del supervisor del médico sancionado. Acertadamente, sobre la peligrosa extensión de la titularidad del derecho al honor a las personas jurídicas, *vid.* SIERRA GABARDA (2021), 5: “*en la génesis de los*

derechos fundamentales (y humanos) se encuentra la necesidad de reaccionar frente al poder público ante el cual los ciudadanos siempre se encuentran en situación de desequilibrio”.

⁵⁸ Cfr. https://www.cgcom.es/sites/main/files/files/2022-03/codigo_deontologia_medica.pdf, 40 y 41.

⁵⁹ Aplicando el criterio de la razonabilidad y con base en las normas deontológicas de 2011, *vid.* PÉREZ ESCOLAR (2023), 147-148.

*Trabajo recibido el 11 de abril de 2024 y aceptado
para su publicación el 20 de mayo de 2024*

