

# El ordenamiento sanitario como factor de organización jerárquica atenuada

SUMARIO: I. PRELIMINAR. II. RASGOS DE LA PROFESION, EN SU INSERCIÓN EN LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS. A) La profesión médica: deontología y *lex artis*. 1. El ejercicio personal de una ciencia «inexacta». 2. La trascendencia creciente de la objeción de conciencia. 3. *Lex artis* y su valor jurídico como regla de conducta. B) La libertad de prescripción en el sector sanitario de la Seguridad Social. C) La responsabilidad como contrapartida de la libertad en el ejercicio de su profesión. D) El trabajo en equipo y el problema de la delimitación de responsabilidades. III. ESTRUCTURA DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y JERARQUIZACION. A) Areas de salud. B) Atención primaria. C) Atención hospitalaria. IV. ESTRUCTURA DE ATENCION Y ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA. V. LA SELECCION DE PERSONAL Y LA PROVISION DE PLAZAS EN LAS INSTITUCIONES SANITARIAS.

## I. PRELIMINAR

Desde hace unas décadas, e incluso podría afirmarse que desde comienzos del presente siglo, la imagen de la jerarquía administrativa, como del personal que la sirve de soporte, viene dominada por dos ideas configuradoras. De una parte, la jerarquía se concibe como un predominio, más o menos incondicionado, de la voluntad del superior sobre la del inferior. En lo que concierne al personal, la cuestión aparece simplificada cuando las organizaciones administrativas se contemplan a base de un dualismo: burocracia maquinal y equipo político (y asimilados). El sector de la Administración que ahora se examina apa-

---

\* Mi profundo agradecimiento al profesor MORELL OCAÑA por sus valiosas orientaciones para la redacción de este trabajo.

rece, desde siempre, dominado por un tercer género, en el que la concepción voluntarista de la jerarquía queda en una situación de refracción, en la medida en que el inferior cuenta con unas reglas que se le imponen, que son las de la propia profesión; reglas que igualmente vinculan al superior y, de ese modo, unos y otros aparecen adecuados, conformados en su conducta, por unas reglas que vienen de fuera de la propia organización, nacidas en un arte una ciencia determinada. De ahí que el lazo jerárquico haya de concebirse de otro modo. Y, por otra parte, frente a una burocracia estrictamente maquinal, situada debajo del equipo de gobierno, se interpone todo un estrato burocrático en el que la clave de entendimiento es la profesión y sus reglas.

En el interior de la Administración Sanitaria, y no es el ejemplo único, la actuación administrativa descansa en una toma de decisiones que se produce esencialmente en la base; la organización tiene, desde el punto de vista de la toma de decisiones, una estructura que pudiéramos llamar descentralizada. Al contrario de lo que ocurre en una burocracia estrictamente maquinal, la voluntad del superior no se impone en la toma de decisiones, que el ordenamiento reserva a los profesionales situados en la base, en la relación inmediata con la clientela. Se trata, pues, de una posición marcada por la autonomía del personal que compone la organización, en el núcleo primario de decisión y actuación, y ello se hace transparente en la ordenación de la profesión médica. El Derecho positivo, como la jurisprudencia, reposan según se verá sobre la idea de que el ejercicio de las profesiones sanitarias gravita sobre la libertad que tiene el profesional para adoptar decisiones por sí mismo y de acuerdo con su propio saber y entender, en relación con el tratamiento que necesita cada uno de los usuarios de este servicio público. Es el propio saber y hasta la propia ética lo que constituyen la normativa a que ha de atenerse de un modo prioritario el profesional, en el ejercicio de su profesión, integrado o no en la organización administrativa sanitaria. Frente al saber y la voluntad del superior se impone, por ello, una barrera infranqueable para la concepción voluntarista del principio de la jerarquía.

Puede y debe añadirse, por otra parte, que estamos ante un tipo de burocracia profesional cuya clave es la propia persona y el progreso en la profesión, el prestigio que en ella se alcanza. Frecuentemente, por ello, no pueden identificarse carrera profesional y carrera administrativa, en los términos en que habitualmente se conciben una y otra. Desde la óptica de lo que en la actualidad se entiende como carrera del funcionario, ésta depende del superior, que es el que destina a cada uno a los puestos que integran la organización y los distintos grados o niveles dentro de la misma. En este tipo de profesiones el progreso gravita sobre el propio profesional, que encuentra en el interior de la Administración una libertad para ello que no la tiene el funcionario

puro y simple. No estamos contemplando las típicas y conocidas profesiones liberales, al insertarse en la Administración, sino que también ocurre este fenómeno en otras actividades profesionales que se insertan en la estructura y composición de los grandes staffs de las organizaciones administrativas. Los economistas, ingenieros, arquitectos, etcétera, pueden ser objeto de la misma consideración siempre que las reglas del propio saber predominen sobre las de comportamiento estrictamente burocrático.

De ahí que los principios de la organización sufran una mutación de sentido cuando se alojan en el contexto de una burocracia profesional, que es la que aquí se está analizando. No se trata tan sólo de la descentralización efectiva, real, de la adopción de decisiones frente a la clientela o colectivo atendido por la organización; también ocurre una particularidad en lo que atañe al principio de coordinación. La coordinación, en el interior de estructuras tan características como la hospitalaria o la asistencia ambulatoria, deriva de que cada uno de los profesionales conoce el ámbito de habilidades y conocimientos propios del profesional o profesionales que tiene junto a sí, que se integran en la misma unidad de actuación. Poco puede hacer, en este aspecto, la dirección y estructura administrativa propiamente dichas, porque son las reglas de la propia profesión, el conocimiento mutuo de las posibilidades de cada uno, lo que proporciona la coordinación real de esfuerzos, a efectos de la solución de la problemática planteada. Tenemos, pues, que en este tipo de unidades se hacen efectivos, de otro modo, principios tan clásicos de la organización como son los de descentralización, jerarquía y coordinación.

## II. RASGOS DE LA PROFESION EN SU INSERCIÓN EN LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS

La introducción antecedente, así como el análisis de la estructura de la Administración Sanitaria, carece de sentido si no se adentra el observador en ella por el único camino que conduce a un verdadero entendimiento de la cuestión; y es que estamos ante un sector de la organización administrativa en el que el hombre, el profesional, ha sido considerado siempre como el trazo decisivo, el verdaderamente definitorio. Ciertamente, por mucho que sea el progreso de la técnica, se dirá siempre que el hombre tiene la última palabra; cuando se trata de la Administración Sanitaria, ésta encuentra su centro de gravedad en los profesionales que la sirven, pero se trata de unos profesionales y una profesión que se separa, y de modo profundo, del prototipo habitual del burócrata. Frente a la imagen habitual del burócrata, marcada por el signo de la adecuación de su conducta a las reglas de com-

portamiento trazadas de modo heterónomo, la profesión médica se rige por unas reglas que, en gran parte, han de ser siempre objeto de una interpretación personal y, en determinados casos, hasta una construcción desde un saber personal que es el que se aplica. Como consecuencia, una libertad de decisión que choca abiertamente con el predominio de la voluntad del superior sin el que se entiende la propia marcha de la organización. En este aspecto, como veremos, exigencias generales de la organización actúan desde hace un tiempo presionando sobre libertades tan típicas como la de prescripción frente a cada uno de los usuarios del servicio, por parte del médico. No cabe olvidar que, como contrapunto, el ordenamiento deduce aquí una responsabilidad estrictamente personal, sin perjuicio de la que es propia de la organización. Libertad, responsabilidad, que ahora paulatinamente abandonan el entorno estrictamente personal del médico para situarse en un ámbito más amplio y obligado, como es el del trabajo en equipo. En último término, actuando individualmente o como grupo que hace frente a las necesidades curativas, se cruza un problema que no se puede soslayar: el de la presencia de un imperativo deontológico que, entre otras cosas, se construye jurídicamente como objeción, concebida como excepción al imperativo que viene desde la norma o desde la dirección del ámbito o centro de trabajo. Todos estos rasgos, que ahora son objeto de análisis, nos sitúan en una escena bien diferente de la que dibujara, en su día, MAX WEBER como propia de las organizaciones burocráticas. Puede decirse más, en la medida en que las organizaciones administrativas sanitarias se alejen de los trazos weberianos, estarán más cerca de cumplir sus verdaderos objetivos. Veamos ahora cada uno de esos rasgos.

#### A) LA PROFESIÓN MÉDICA: DEONTOLOGÍA Y *LEX ARTIS*

##### 1. *El ejercicio personal de una ciencia «inexacta»*

Para T. H. MARSHALL la «esencia de la profesionalidad» reside en la indeclinable responsabilidad personal que caracteriza a los actos del profesional. De ahí que, en ocasiones, ese ejercicio profesional resulta más difícil cuando se realiza dentro de una organización burocrática, como puede ser un hospital. El profesional médico puede ver mediada su relación con el cliente por otros profesionales, por instrucciones o circulares administrativas que le imponen determinados condicionamientos, o por el propio control de los gerentes o superiores jerárquicos. El problema radica, precisamente, en delimitar hasta qué punto este control supone limitación del ejercicio de su profesión. Como señalara ORTEGA Y GASSET, en este tipo de profesiones el hom-

bre actúa personalmente, por sí, ejercitando sus propias y personalísimas condiciones. De ahí la necesidad de un cierto margen de confianza e independencia en el ejercicio profesional, por lo que toda clase de limitaciones deben ser objeto de especial consideración. Los conocimientos y actividad personal del médico, así como su propia intuición, constituyen un elemento esencial para el ejercicio de una ciencia sobre la que existe unanimidad en calificarla como ciencia no exacta. La jurisprudencia, sobre todo en materia penal, coincide en esta calificación de la medicina:

«Que al pretender la profesión médica en su necesario ejercicio una finalidad eminentemente provechosa para la humanidad de la que se derivan destacadísimos bienes para las personas, en su salud y en el mejor y más largo disfrute de la vida y al ser *la medicina una ciencia inexacta*, en la que juegan numerosos factores inaprehensibles, con la aceptación de indudables riesgos en su ejercicio, que tiende en noble afán a alcanzar y conseguir el deseado progreso, se ha de entender en justa valoración que queda en extramuros de la responsabilidad penal, para no cohibir su ejercicio y lícita y necesaria expansión, cuantas conductas de sus profesionales se desarrollen dentro de las reglas del arte o de aquellos principios esenciales, que tiendan a su normal desenvolvimiento...» (*Sentencia de 16 de abril de 1970.*)

«... cuando una tipicidad punible afecta a la profesión médica ha de entenderse en su justa valoración al referirse a una *ciencia inexacta* en que juegan factores inaprehensibles por concurrencia de indudables riesgos en su ejercicio, que quedan en extramuros de la responsabilidad...» (*Sentencia de 26 de octubre de 1983.*)

«La medicina no forma parte de las ciencias exactas, intervienen con frecuencia elementos inaprehensibles, se interfieren y sorprenden riesgos extraños de difícil previsibilidad, propiciando riesgos de diagnóstico, dentro de tolerables márgenes que pueden escapar al rigor de la incriminación penal.» (*Sentencia de 29 de marzo de 1988.*)

En definitiva, el ejercicio profesional de la medicina supone la actuación individual, *personal*, del médico. Por supuesto, ese ejercicio puede realizarse por un solo profesional o por un grupo de ellos, como es bastante común y normal dentro de una organización hospitalaria, sin que en este último supuesto se pierda el carácter individual del propio ejercicio. La actuación en grupo de estos profesionales, bien sea en un grupo organizado con carácter permanente o bien con otro que ha sido objeto de integración como consecuencia de la necesidad de

solventar un supuesto concreto, no impide la calificación de personal al ejercicio profesional de la medicina.

## 2. *La trascendencia creciente de la objeción de conciencia*

En el dilema de «obediencia-desobediencia» merece una reseña, aunque sea ligera, el tema de la llamada «objeción de conciencia», ya que ésta no es sino una forma específica de desobediencia. En determinadas circunstancias, habrá que optar entre el deber de obediencia al superior, que tiene el respaldo de una norma legal que da cobertura a la orden que imparte, y el deber de resistencia que sugiere la norma moral. En el ámbito sanitario ha tenido cierta trascendencia la objeción de conciencia en supuestos de interrupciones voluntarias del embarazo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha reconocido el derecho a la objeción de conciencia al aborto en términos polémicos, por su exagerado planteamiento, según señala MARTÍNEZ BLANCO.

La *STC 53/1984, de 11 de abril*, relativa a la *Ley despenalizadora del aborto*, reconoció el derecho de objeción de conciencia en términos de tal amplitud que alguna sentencia posterior del mismo Tribunal se ha visto obligado a precisar: «El derecho a la objeción de conciencia (al aborto), dice aquella primera sentencia, existe y puede ser ejercido con independencia de que se haya dictado o no tal regulación», y justifica esta posición en base a lo siguiente: «la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución, y como ha indicado el Tribunal en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable, especialmente en materia de derechos fundamentales» (fundamento jurídico 14).

Refiriéndose a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio, la *STC 161/1978, de 27 de octubre*, ha precisado que tal derecho «supone una concreción de la libertad ideológica reconocido en el artículo 16 de la Norma Suprema. Pero de ello no puede deducirse que nos encontremos ante una pura y simple aplicación del derecho de dicha libertad», pues «la objeción de conciencia con carácter general no está reconocida ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea de España. Lo que puede ocurrir es que sea admitida excepcionalmente respecto a un deber concreto» (fundamento jurídico 3).

En cualquier caso, como señala MARTÍNEZ BLANCO, la objeción de conciencia, «es figura de contornos imprecisos y de difícil delimitación en relación con figuras afines como la resistencia o la desobediencia civil. De ella hablamos en un plano filosófico como objeción de conciencia y en un plano jurídico como un derecho de objeción. Es con-

creción de los derechos de libertad ideológica y religiosa. Plantea un conflicto moral con repercusiones jurídicas entre conciencia y Ley».

Estamos ante una de las formas de desobediencia que pueden citarse en un Estado democrático y frente al mismo, junto a la llamada resistencia activa, desobediencia civil o pasiva. Estas formas de desobediencia al Derecho, conocidas anteriormente, se van perfilando a medida que van surgiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos dentro del Estado moderno. La objeción de conciencia se ha explicado como un conflicto entre el deber moral y el deber jurídico en el que el primero vence al segundo en tanto en cuanto el objetor de conciencia para cumplir con el deber moral se niega a cumplir con el deber público. No siempre la legislación positiva reconoce formalmente el derecho a la objeción de conciencia en todos y cada uno de los supuestos en que puede ejercitarse. Pero lo cierto es que el derecho a la objeción de conciencia ha calado a lo largo del siglo XX en la mayoría de los ordenamientos jurídicos y también la objeción ha sido objeto de una protección internacional.

En definitiva, la objeción de conciencia puede ser motivo de excepción al cumplimiento de órdenes derivadas, en el ámbito sanitario, de los superiores jerárquicos de un profesional médico, en cuya virtud puede negarse a efectuar determinadas actuaciones cuando éstas vayan en contra de su propia conciencia. Estamos ante un supuesto en que, una vez más, quiebra el principio de jerarquía, entendido en sentido estricto, dentro del ámbito sanitario.

### 3. *Lex artis y su valor jurídico como regla de conducta*

En la medicina concurren los conceptos de *ciencia y arte*. Por ello, se dice que no sólo es ciencia, ni el médico sólo un científico, sino que éste, al ejercer como tal, está practicando con arreglo a una técnica que es el resultado de la manera de entender aquélla por cada profesional en el que es imprescindible su sentido artístico o artesanal. En definitiva, sus conocimientos sobre una determinada materia con arreglo a aquella ciencia se ejecutan por medio de actos físicos que repercuten en el exterior dando lugar a un determinado resultado. Esta configuración es la que califica a la medicina como arte. Ahora bien, el ejercicio de esta profesión está sometido a unas reglas o patrones de actuación correcta, a una denominada *lex artis*.

A diferencia de la actuación del médico, cuando nos referimos a la actividad desarrollada por otras profesiones sanitarias denominadas auxiliares o paramédicas, nos encontramos con que en ellas sí que existe una cierta subordinación del inferior —auxiliar— al superior —en este caso el médico—; es decir, *existe una dependencia técnica de las*

*decisiones del superior que son aplicadas o ejecutadas por estos profesionales auxiliares, sin que ello suponga una mera ejecución automática,* por cuanto sus propios títulos profesionales les habilitan también para actuar en el ejercicio profesional, en sí mismo considerado, con una cierta libertad. La dependencia que se establece entre ambas partes sólo es jerárquica en el campo de la dirección o prescripción, pero no en la aplicación del tratamiento prescrito por el médico.

Al médico se le exige adecuar su comportamiento profesional de acuerdo con la denominada *lex artis* de la medicina, que viene determinada por el ejercicio de la práctica médica, de conformidad con los conocimientos médicos que facilita hoy la ciencia médica.

La referencia a la *lex artis* por nuestro Tribunal Supremo es constante, sobre todo cuando se ha tratado de valorar la conducta de los profesionales con resultados lesivos para sus pacientes. En la *Sentencia de 16 de abril de 1970* se nos hace una reseña de los componentes de esta *lex artis*, al señalarse en la misma que el condenado «no cumplió con los dictados humanos, éticos y deontológicos de la *lex artis*, ni con los principios generales que tienden al desenvolvimiento adecuado y humano de la Medicina ni con su deber concreto de médico de guardia». En suma, esta *lex* se aplica para la medición o valoración de la obra o resultado ejecutado u obtenido por un profesional. *La lex implica una regla de medición de una conducta mediante la cual se valora la corrección o no del resultado de la misma* o, si se quiere, su conformidad con la técnica normal exigible. Naturalmente, esa *lex* hay que aplicarla a la vista de las circunstancias de toda índole que concurran en cada uno de los actos objeto de valoración.

«La responsabilidad médica, que cuenta en la historia con antiguos y destacados supuestos que han llegado hasta nuestros días, ha de ser, en principio, proclamada cuando en el tratamiento médico terapéutico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas que, *olvidando la lex artis*, provoquen resultados lesivos, pudiendo fijarse como regla general lo aventurado que significa el querer sentar como apotegma principios inmutables, debido, de una parte al progreso constante de este campo y, de otra, a las necesarias mutaciones que impone la experimentación clínica, sin olvidar el carácter preponderante del factor humano sobre cuyo campo opera...» (*Sentencia de 26 de junio de 1980.*)

«... radica (la culpabilidad) en que el facultativo pudo evitar el comportamiento por el que se guió y que fue causa del resultado lesivo, entrando así como factor determinante la evitabilidad que, a su vez, presupone la previsibilidad, entendiéndose por tal la posibilidad de evitar un resultado que, habida cuenta del nivel intelectual y experimental comprobado, pudo fácilmente evitarse

mediante la aplicación del tratamiento adecuado, pero estando siempre condicionada a la culpa de modo individual, huyendo de toda generalización, siempre peligrosa, y más en la práctica de la medicina, sujeta a la *lex artis...*» (Sentencias de 5 de febrero y 8 de junio de 1981).

«La responsabilidad médica, como ya declaró la Sentencia de 26 de junio de 1980 y ratificaron otras posteriores, ha de ser, en principio, proclamada, cuando en el tratamiento médico, terapéutico o quirúrgico se incida en conductas descuidadas, que olvidando la *lex artis*, provoquen resultados lesivos...» (Sentencia de 15 de enero de 1980.)

«Cuando esta tipicidad culposa afecta al ejercicio social de la profesión médica, ha de entenderse en su justa valoración por contraerse a la aplicación de una ciencia inexacta en la que intervienen factores inaprehensibles, por concurrencia de variedad de riesgos extraños y ajenos a su prudente ejercicio que queda en extramuros de la responsabilidad, cuando las conductas enjuiciadas se desarrollan dentro de las “reglas del arte”, siendo por lo general atípicas cuando obedezcan a error de diagnóstico, salvo que por su dimensión la equivocación sea inexcusable o la incuria sobresaliente; ...» (Sentencia de 7 de octubre de 1986.)

«Son múltiples las actividades humanas creadoras de riesgos, pero indudablemente el ejercicio de la medicina, en cuanto incide directamente sobre la salud y la vida de las personas, a merced del acierto o desatino de sus profesionales, conlleva un plus especial de exposición y contingente peligrosidad; la atención, pericia y reflexión han de prodigarse en dosis mayores que en otros menesteres o dedicaciones. La práctica de la medicina exige cuidadosa atención a la *lex artis*, sin sentar apotegmas absolutos dada la evolución constante de la ciencia médica, la variedad de tratamientos al alcance del profesional y la diversidad del factor humano sobre que se actúa, exigente de métodos o atenciones diferenciados en correspondencia con su constitución somática y grado de afectación de la enfermedad.» (Sentencia de 29 de marzo de 1988.)

«El deber de cuidado debe ser establecido primero y medido después, en función de todas las circunstancias concurrentes, entre ellas la clase de actividad sobre la que se realiza el juicio de reprochabilidad, el riesgo o riesgos que comporta, para las personas o las cosas, especialidades técnica o científica que para su ejercicio necesita, etc. Es por ello por lo que cuando se trata de actividades profesionales se hace con frecuencia relación a la *lex*

*artis*, como modelo de cumplimiento ordinario o regular y a la impericia como incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión o arte de que se trate, expresiones que incluyen dentro del ámbito en el que este recurso se mueve el diagnóstico médico gravemente equivocado, la omisión de determinadas cautelas facultativas o la defectuosa ejecución de un acto médico...» (*Sentencia de 5 de mayo de 1989*).

Este conjunto de sentencias, como tantas otras, nos pueden dar una aproximación del concepto de *lex artis*, en cuanto conjunto de reglas de conducta que enmarcan el ejercicio de la profesión. Lo trascendente de esta construcción jurisprudencial es que nos define un modo de ser en el interior de las organizaciones administrativas, y de entender el quehacer en ellas, que, sorprendentemente, se ha limitado hasta ahora a la profesión sanitaria. Es que sigue presente la perspectiva más clásica y, con toda seguridad, más ajena a las necesidades de las Administraciones contemporáneas; la perspectiva que sitúa al funcionario en una actitud de puro acatamiento de la regla de conducta que viene desde arriba y que, por consiguiente, le impone prescindir de un propio saber y un contenido creador en su actividad. Sin embargo, las Administraciones contemporáneas albergan en su seno una pluralidad de saberes profesionales, un conjunto de quehaceres estrictamente técnicos, que están necesitados de un esclarecimiento y un respeto generalizado, en el mismo sentido que acaba de observarse en relación con la profesión médica. Sólo un entendimiento *maquinal* de la actividad funcional ha permitido que esta doctrina de la *lex artis* no se vaya generalizando y ocupando, en el quehacer administrativo, la trascendencia que tiene. Si se deja a un lado la sabiduría convencional con la que, de ordinario, se aplica al entendimiento de la actividad administrativa, enseguida podrá comprobarse que, al menos hasta cierto punto, la Economía, la Ecología, las Ingenierías, etc., cuentan también con una insoslayable *lex artis* que aspira a un reconocimiento, por parte de la norma positiva, que permita hacer efectivo ese saber plural con vistas a la resolución de una problemática de creciente complejidad técnica, como es la que han de abordar los distintos sectores de la Administración contemporánea.

#### B) LA LIBERTAD DE PRESCRIPCIÓN EN EL SECTOR SANITARIO DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Texto Refundido de la *Ley General de la Seguridad Social* señala, de forma expresa y con rotundidad, la libertad de prescripción de los facultativos encargados de sus servicios sanitarios, sin distinción al-

guna. Es decir, esa libertad pueden ejercerla, tanto en el campo de la llamada atención primaria como en el de la especializada y hospitalaria. Así, el *artículo 106* dice textualmente lo siguiente:

«Los facultativos encargados de los servicios sanitarios de este Régimen General podrán prescribir libremente las fórmulas magistrales y las especialidades farmacéuticas reconocidas por la legislación sanitaria vigente que sean convenientes para la recuperación de la salud de sus pacientes.»

Este mismo principio se reitera en el *artículo 2.1 del Decreto 3157/1966, de 23 de diciembre*, por el que se regula la dispensación de especialidades farmacéuticas en el Régimen General de la Seguridad Social.

Por supuesto, esa libertad, que constituye una manifestación del contenido esencial del ejercicio de una profesión titulada, y que persigue la recuperación de la salud de los pacientes, constituye, a su vez, una importante fuente de gasto público, por cuanto no hay que olvidar que la prestación farmacéutica que generan esos facultativos —por su incesante e imparable incremento— se convierte en una preocupación constante de las autoridades sanitarias. Por ello, no es de extrañar que éstas, por vías distintas, traten de atajar esa situación. El propio legislador, al regular en la mencionada Ley, las prestaciones farmacéuticas en el ámbito de la Seguridad Social, comienza por excluir de las mismas determinados productos.

«Artículo 105. *Prestaciones farmacéuticas:*

1. La asistencia farmacéutica comprenderá las fórmulas magistrales, especialidades y efectos o accesorios farmacéuticos que se prescriban por los facultativos de la Seguridad Social.

2. Quedan excluidos de la prestación farmacéutica los productos dietéticos, de régimen, aguas minero-medicinales, vinos medicinales, elixires, dentríficos, cosméticos, artículos de confitería medicamentosa, jabones medicinales y demás productos análogos.»

La *Ley del Medicamento*, en su *Disposición Adicional Séptima*, señala que, a la entrada en vigor de uno de los Reales Decretos que la desarrollen —(por el que el Gobierno «establecerá la forma, requisitos y condiciones de aplicación de los criterios contenidos en el artículo 94 y determinará las exclusiones totales o parciales de los grupos, subgrupos, categorías o clases de medicamentos excluidos de la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad»)— quedarán derogados, en lo que se opongan a

lo previsto en el artículo 94, los artículos 105, 106 y 107 de la Ley General de la Seguridad Social.

En principio, pues, queda afectado —en el supuesto de que se oponga a las previsiones del artículo 94— el único precepto que con rango de Ley proclama, en nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de prescripción de los facultativos que ejercen en el ámbito de la Seguridad Social. Ahora bien, esta posibilidad derogatoria no puede hacerse efectiva y real por cuanto la libertad de prescripción, que ampara el artículo 106 de la Ley General de la Seguridad Social, en nada se opone a las previsiones del artículo 94 de la Ley del Medicamento en el que se regula el «procedimiento para la financiación pública». En este sentido, cabría afirmar que la cita del artículo 106 efectuada por el legislador en esa Disposición Adicional Séptima resulta estéril, ya que, en ningún caso, cabe oponer ni confundir la libertad que proclama con la exclusión de medicamentos de la financiación pública.

Precisamente, al escribir estas líneas, está en tramitación el Real Decreto que supuestamente podría llegar a derogar el repetido artículo 106. Hemos tenido ocasión de conocer el texto del dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado en relación con el Proyecto de dicho Real Decreto, por el que se regula la selección de los medicamentos a efectos de su financiación por el Sistema Nacional de Salud, y en el mismo se deja bien sentado que no «prohíbe» —ni, por tanto, deroga— la libre prescripción de medicamentos. En relación con esta importante temática interesa reproducir aquí algunos de sus párrafos.

«A juicio de este Consejo, y considerado el proyecto en su conjunto, no se observa que incurra en inconstitucionalidad o ilegalidad alguna por las razones aducidas, toda vez que ni se dirige a regular una profesión titulada, ni tampoco “prohíbe” la libre prescripción de medicamentos, sino que su finalidad se circunscribe exclusivamente “a la financiación de los medicamentos con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad”, como pone ya de manifiesto el propio artículo 1 del proyecto y de hecho pretende la referida Entidad preinformante, siguiendo en este punto lo dispuesto en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.»

Más adelante el dictamen aclara otros extremos, y entre ellos, a los efectos que aquí interesan, los siguientes:

«En segundo término, es preciso deslindar dos planos distintos: por un lado, la libertad de prescripción por los facultativos y, por otro, la financiación de los medicamentos por el Sistema

Nacional de Salud. Precisamente la confusión de ambos planos da lugar a afirmaciones como la de que la prevista regulación de la financiación pública de los medicamentos implica la “prohibición” para los facultativos de prescribir determinados medicamentos.

Sin embargo, lo cierto es que la regulación de la financiación pública de los medicamentos no excluye formalmente la libertad de prescripción por parte de los facultativos. En modo alguno se niega que la financiación o no de un medicamento por el Sistema Nacional de Salud pueda tener efectivamente una repercusión en la práctica, pues se producirá una tendencia —incluso a requerimiento de los propios pacientes— a prescribir medicamentos incluidos en dicha financiación pública. Pero ello no significa que se “prohíba” (de alguna manera) que un facultativo pueda prescribir, dentro o fuera del ámbito de la Seguridad Social, aquel medicamento debidamente autorizado que tenga por conveniente.»

En conclusión, somos de la opinión de que no cabe interpretar que la Ley del Medicamento con esa Disposición Adicional Séptima pretenda realizar una derogación del rango normativo de una materia, como es la de la libre prescripción del médico, que no consiente pervivir en otra norma de rango reglamentario; y eso, en el mejor de los casos, es decir, si el propio precepto reglamentario recoge dicha libertad. La Constitución es, a este respecto, terminante. Su *artículo 36* señala textualmente que:

«La Ley regulará... el ejercicio de las profesiones tituladas.»

El tenor constitucional está claro: *incluye entre los derechos fundamentales el ejercicio de las profesiones tituladas* y, consecuente con la importancia de esa calificación, *reserva su regulación a la Ley*. Todos los aspectos de esa regulación corresponden, en principio, al Legislativo. En el supuesto de que remita su desarrollo a una norma reglamentaria habrá que tenerse en cuenta que: *a)* la regulación básica, en todo caso, se sustrae del ámbito reglamentario; *b)* la norma reglamentaria necesitará, en cuanto incida gravosamente en el derecho de los afectados, una expresa y específica habilitación, no aceptándose habilitaciones indeterminadas o globales. Además, el hecho de la inclusión en el Título I produce la consecuencia de la puesta en marcha de un dispositivo normativo previsto en la Constitución encaminado a asegurar el cumplimiento de ese derecho. Concretamente en el *artículo 53.1*, que dice lo siguiente:

«Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por Ley*, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161.1.a).»

Por tanto, la regulación del ejercicio de los derechos y libertades contenidas en el Capítulo I del Título I se llevará a cabo «sólo por Ley». El artículo 36 figura en los mencionados Capítulo y Título. Esta garantía se halla además explicitada en el artículo 86.1 que veta, incluso, la posibilidad de que el Gobierno regule por Decreto-ley cuanto afecte «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I».

El *control de la prestación farmacéutica* ha sido una vieja y constante tendencia de la entidad gestora de la Seguridad Social responsable de la misma. En general, cabe decir que —según se deduce de las Circulares e Instrucciones impartidas por aquélla— aun sin afectar a la esencia de la libertad de prescripción de los facultativos, éstos se ven condicionados en el ejercicio de esa libertad por determinados trámites burocráticos que, en ocasiones, están pensados en beneficio de la salud del paciente, pero, en otras muchas, responde —única y exclusivamente— a medidas de control del gasto farmacéutico. Algunos ejemplos pueden servirnos de referencia a lo manifestado anteriormente.

La *Circular número 18/1977*, de 14 de julio (INP), estableció el visado previo de recetas de farmacia en determinados supuestos, de forma que el médico de la Seguridad Social que prescribiese una especialidad sujeta a visado lo tiene que poner en conocimiento del beneficiario, y en el mismo acto, extender el historial clínico de aquél, y un informe razonado sobre las causas que aconsejan la prescripción, los cuales, junto con la receta, debe entregar al interesado. A éste se le obliga a solicitar el visado de la Inspección Provincial, de tal forma que si a juicio de la Inspección Provincial procediese la denegación de visado en la receta, se lo comunicará al beneficiario y al médico que la prescribió, reteniendo en su poder la mencionada receta para su anulación.

La *Circular número 9/1983*, de 23 de mayo (INSALUD), sobre la que luego volveremos, imparte una serie de instrucciones relativas a la prescripción de medicamentos de uso hospitalario. Por su parte, la *Circular número 1/1984*, de 7 de febrero (INSALUD), dispone una serie de medidas relativas a la gestión y control presupuestario de las prestaciones farmacéuticas. Estas medidas se complementan, también, por la *Circular número 11/1985*, de 1 de agosto (INSALUD), relativa a un programa de control de la prestación farmacéutica y que contiene una serie de instrucciones sobre medidas de control, tanto en el ámbito hos-

pitalario como en el extrahospitalario. En cuanto a este último, por ejemplo, en el *apartado 1.2*, relativo al control de la prescripción, se señala lo siguiente:

«Las Direcciones Provinciales vigilarán el cumplimiento de la *Circular número 1/1984*, de 7 de febrero, y concretamente el seguimiento y control presupuestario en recetas a los médicos de la provincia, a través del envío del Presupuesto individualizado, solicitando de los mismos un nivel de esfuerzo que conlleve a la reducción paulatina del gasto farmacéutico y que limite las prescripciones médicas a las estrictamente necesarias según un riguroso criterio médico, obviando toda medicación de “complacencia”.»

La *Orden de 13 de mayo de 1985*, del Ministerio de Sanidad y Consumo, sobre medicamentos sometidos a especial control médico en su prescripción y utilización, constituye otro ejemplo del grupo de medidas que tiene una finalidad esencialmente sanitaria y no de control del gasto, ya que trata de controlar aquellas especialidades farmacéuticas que pueden originar efectos adversos muy graves en los pacientes si no se utilizan en condiciones muy estrictas. De ahí que, para la prescripción de tales medicamentos, se requiera de una serie de condicionamientos que debe seguir el facultativo correspondiente:

«Artículo 3. *Prescripción:*

1. Para la prescripción de los medicamentos sometidos a especial control serán necesarios, además de las pruebas analíticas, bioquímicas y farmacobiológicas usuales, las que la ciencia médica aconseje para evitar sus posibles efectos adversos muy graves.

2. El médico impartirá al paciente, de palabra y por escrito, las oportunas instrucciones para prevenir los efectos adversos que el medicamento prescrito pueda causar.

3. Los médicos prescriptores cumplimentarán y conservarán para cada paciente tratado con alguno de los medicamentos sometidos al régimen de esta Orden, una ficha de seguimiento ajustada al modelo básico que se incluye en el Anexo II. Este seguimiento deberá prolongarse, después de finalizado el tratamiento, durante un plazo prudencial a criterio del médico.

4. En la receta sólo se prescribirá el medicamento sometido a especial control médico.»

En alguna ocasión, este tipo de instrucciones o circulares impartidas por la entidad gestora han sido adoptadas extralimitándose legalmente, por cuanto han afectado al derecho de los facultativos a la li-

bertad de la prescripción y ello de forma directa. En la escasa jurisprudencia que hemos encontrado sobre esta temática, cabe hacer alusión a dos Sentencias del Tribunal Supremo (Sala Tercera). En la *Sentencia de 28 de octubre de 1989* se resolvió el recurso de apelación interpuesto por el Instituto Nacional de Salud contra la *Sentencia* dictada el *26 de octubre de 1987* por la Sala Cuarta de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Territorial de Madrid, en recurso promovido por el Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, contra la *Resolución* dictada por la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud, con fecha de *31 de julio de 1985*, resolviendo en alzada la pronunciada por el Director Provincial en *10 de mayo de 1985*. Esta Dirección Provincial de Madrid acordó, en relación con el control cualitativo de las prestaciones farmacéuticas de la atención primaria, la adopción de una serie de medidas. Entre ellas figuraba una cuarta, en la que se decía textualmente lo siguiente:

«Mensualmente se remitirá a esa Dirección Provincial un dictamen sobre cada uno de los médicos controlados, con especial hincapié en valorar la idoneidad de sus prescripciones y las relaciones beneficio-riesgo, beneficio-costo.»

Pues bien, esta última medida se consideró contraria a Derecho, por la Sentencia apelada, en cuanto a la expresión *con especial hincapié en valorar la idoneidad de sus prescripciones*. La Sentencia del Tribunal Supremo desestimó el recurso de apelación, confirmando la expresada Sentencia apelada. En sus fundamentos de Derecho, tras efectuar una serie de razonamientos relativos a la libertad del ejercicio de la profesión como derecho constitucional y proclamar *que una manifestación de esa libertad es, en el ámbito de libertad de los médicos, el de prescripción*, recuerda que tal libertad está reconocida en una serie de disposiciones: *Artículo 2 del Real Decreto 900/1978*, de 14 de abril; *artículos 3 y 27.1 del Estatuto Jurídico de Personal Médico de la Seguridad Social*; *el artículo 13 del Código de Deontología Médica*. Señala en el Considerando séptimo lo siguiente:

«Por último, debe subrayarse que una cosa es controlar e inspeccionar la labor del médico de la Seguridad Social (para lo que sí está capacitada la Administración de la Seguridad Social, según el apelante) y otra muy distinta es *ordenar cómo debe ejercer el médico su profesión* al valorar si ha prescrito de forma idónea. Porque la idoneidad o no del médico para prescribir, diagnosticar o prefijar el tratamiento del enfermo, constituye una esfera del contenido esencial de su derecho a ejercer libremente la profesión, en la que no puede entrar la Administración por la vía de dictar actos, resoluciones, circulares o instrucciones.»

Por su parte, la *Sentencia de 27 de noviembre de 1989* se refiere a la *Circular 9/1983*, de 23 de mayo, de la Dirección General del Instituto Nacional de la Salud, relativa a medicamentos de uso hospitalario, que fue impugnada en vía administrativa y luego jurisdiccional. Esta *Circular* imparte una serie de instrucciones con las que se pretende —según su parte expositiva— *mantener en vigor las normas relativas al control de la prescripción, dispensación y administración de estas especialidades farmacéuticas* en las que ese control, continuado, se hace *bajo la responsabilidad de una Institución Sanitaria*. Entre otras medidas, se dispone que *los envases de estas especialidades irán desprovistos de cupón-precinto*. Esto supone, en realidad, que no pueden dispensarse con cargo a la Seguridad Social en relación con los enfermos no hospitalarios, salvo cuando se prescriban por un especialista en receta que debe ser visada por la Inspección Médica acompañada de una serie de otros requisitos documentales. En definitiva, la complicada tramitación de una receta relativa a estos medicamentos de uso hospitalario supone que no puede ser prescrita en ningún caso por facultativos de la Medicina General de la Seguridad Social y, en la práctica, al establecer requisitos de tan difícil cumplimiento, tampoco serán aplicados dichos medicamentos a los beneficiarios que no se encuentren hospitalizados. Según el demandante, la *Circular* se ocupaba de regular y limitar el ejercicio de la profesión médica; y, por otra, constreñía a límites teóricos y prácticamente intolerables el derecho a la asistencia médica de los usuarios de la Seguridad Social.

La *Sentencia de 25 de marzo de 1988*, de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, estimó el recurso. El Tribunal Supremo, al resolver la apelación formulada contra dicha Sentencia, la confirmó y aceptó los fundamentos de Derecho que en la misma se formulaban. Estos no se referían, en realidad, al tema que aquí nos ocupa de la libertad de prescripción de los médicos de la Seguridad Social. Por ello, son interesantes los añadidos que, sobre esa temática, suponen los que figuran en la Sentencia del Tribunal Supremo y, en concreto, el siguiente:

«Es, en suma, que las alegaciones de la entidad apelante y, sobre todo, las disposiciones que, en parte, hemos transcrito ponen de manifiesto la acertada conclusión a que llegaba la Sentencia recurrida, como, sin reserva alguna y dando prueba de evidente objetividad —ciertamente digna de encomio—, reconoce la representación de la parte coadyuvante, al afirmar que, sin poder negarse la potestad de organizar la prestación de la asistencia farmacéutica, no es al Instituto gestor a quien compete dar normas al respecto, a través de una Circular que entra de lleno en campos que requerirían su regulación mediante norma de rango

*adecuado, ya que, en definitiva, se viene a restringir la libertad del médico en orden a la determinación del tratamiento que ha de seguir el paciente y el mismo derecho de éste a obtener la dispensación del medicamento que el facultativo competente le haya prescrito, siendo de reiterar, por lo mismo, la afirmación de la Sentencia que se revisa de que, conforme al artículo 4.1 de los Decretos de 18 de febrero de 1977 y 14 de abril de 1978, la materia que fue objeto de la repetida Circular es de la que la Junta Reguladora de Especialidades Farmacéuticas dispensables por la Seguridad Social ha de someter al Ministerio correspondiente para que sea éste el que adopte las medidas que considere procedentes, y es por ello por lo que tal decisión jurisdiccional tiene que ser confirmada.»*

Parece claro que la libertad de prescripción, recogida en el artículo 106 de la Ley de Seguridad Social, no puede ni debe quedar derogada por un Real Decreto, aunque así, aparentemente, se pueda deducir de la Disposición Adicional Séptima de la Ley del Medicamento. Es que la Constitución no consiente que la libertad de prescripción del médico quede rebajada en su tratamiento normativo. Pero no se trata de una cuestión de principio, ni meramente de rango de la norma. Es que, además de llegar a esa interpretación de la Ley del Medicamento se estaría involucrando en el Real Decreto que se proyecta dos problemas bien distintos: la libertad del médico de la Seguridad Social para prescribir a sus pacientes cualquier especialidad que esté en vigor, y la consecuencia económica que se derive de dicha prescripción, es decir, quien pague el medicamento. Parece posible que uno y otro se resuelvan por separado y, en todo caso, sin mengua del ejercicio profesional del médico.

En síntesis, que siga indemne el postulado de libertad inherente al desenvolvimiento de esta profesión, en la que las reglas de conducta vienen dictadas por una autoridad distinta de la propiamente jerárquica; que quede claro para el futuro que la única regla a que ha de atenerse el profesional está dictada por la deontología y la ciencia, y cada uno personalmente ha de encontrarla y aplicarla. La voluntad del superior, por el simple hecho de ser superior, no limita ni condiciona la libertad del que actúa.

C) LA RESPONSABILIDAD COMO CONTRAPARTIDA DE LA LIBERTAD  
EN EL EJERCICIO DE SU PROFESIÓN

La libertad de ejercicio de la profesión médica impide que, cuando aquélla tiene lugar en el marco de una organización sanitaria, pueda

desplazarse hacia el superior jerárquico la posible responsabilidad que se derive de sus actuaciones, sin perjuicio de que, en determinados supuestos, la organización pueda responder subsidiariamente de las actuaciones de sus servidores. Es decir, la libertad de actuación, en cuanto al diagnóstico y tratamiento a seguir, lleva implícita la correspondiente responsabilidad personal y, en su caso, jurídica del profesional médico. Cuando la actuación del médico supone un comportamiento incompatible con su profesión puede existir una culpa o negligencia profesional y, a su vez, dar lugar, incluso, a una responsabilidad penal por un delito de imprudencia temeraria.

*La imprudencia profesional* es un concepto que la jurisprudencia penal tiene estudiado y que, en algunas ocasiones, lo ha aplicado a los profesionales médicos. Algunos párrafos de sentencias del Tribunal Supremo sobre ese particular, nos permitirán acercarnos al concepto:

«Como tiene declarado esta Sala la impericia o negligencia profesional no es un elemento subjetivo que opere en todas las imprudencias cometidas por profesionales, sino que es el resultado de dos factores concurrentes, el subjetivo que acaba de indicar, y el objetivo del acto mismo para cuya ejecución se precisa una habilidad o técnica que no pueden ser exigidas a quien no es profesional de la materia de que se trate» (*Sentencia de 22 de diciembre de 1966*).

«El párrafo quinto del *artículo 565* del Código Penal, contempla y tipifica la llamada imprudencia profesional, figura culposa agravada que en el área francesa se denomina “inobservation des règles d’art”, en la alemana “kuntsfehler” y en la inglesa “mal practice”, y que crea graves problemas de inteligencia y comprensión y de abdicación, pues aunque la doctrina distingue entre la culpa del profesional que es la imprudencia o negligencia comunes cometidas por el profesional en ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional, que es la impericia, y aunque esa misma doctrina sostenga la homonimia o sinonimia entre los términos “impericia” y “negligencia” usados por el legislador en el párrafo quinto mencionado, es por cierto, por una parte, que cuando el profesional opere en escenario o actividad distintos al de su especialidad, técnica, arte o ciencia, es muy fácil proclamar que por muy imprudente que haya sido su quehacer u omitir no habrá incurrido en culpa profesional, pero si el suceso acaeció dentro de la esfera o ámbito de acción de su profesión, oficio, técnica, arte o ciencia, no es nada fácil concebir un tipo de imprudencia o negligencia, por su parte, que no quede inmerso de lleno en la inercia o negligencia propia y genuina de esta actividad, es decir, que cuando el profesional actúa dentro del estre-

cho marco de su especialidad los límites entre la “culpa del profesional” y “culpa profesional” son indecisos y muy confusos, y la aplicación de la agravación del párrafo quinto es muy discutible y dudosa a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y por tanto circunstancial al rango de figura primaria normal y ordinaria que es lo que no parece querer el legislador, y, por otra, que aunque la sinonimia entre impericia y negligencia podría ser la clave salvadora de la cuestión, desgraciadamente, ni semántica ni usualmente significan lo mismo, pues impericia equivale a ineptitud, inercia o ignorancia, es decir, falta de los conocimientos elementales y básicos propios de cualquier rama de la técnica, del saber o de una profesión u oficio, pudiendo ser de origen o bien adquirida merced al olvido o a la falta de ejercicio, de práctica o de formación o de perfeccionamiento posteriores a la graduación o profesionalización del sujeto activo, mientras que la negligencia implica estar en posesión de los conocimientos suficientes, pero obrar con abandono, descuido, apatía, abulia, falta de estudio del caso concreto, omisión de precauciones, falta de interés o diligencia, de tal modo que, siendo docto y capaz se incurra sin embargo en desdichada y perjudicial actuación merced a la falta de aplicación y de esmero en la tarea.

Sentadas estas bases, la doctrina, fiel a su línea de sinónima significación de las palabras impericia y negligencia, sostiene que aquélla es la incapacidad técnica para el ejercicio de una profesión o arte y que la fuente de la misma puede radicar en la total falta de conocimiento (ignorancia), en un error en el juicio (diagnóstico equivocado), o en la defectuosa ejecución de acto (inhabilidad, torpeza, ineptitud); añadiéndose que consiste en la incapacidad técnica para el ejercicio de una función determinada, profesión o arte y se funda en la ignorancia, error o inhabilidad. Por su parte, el TS en Sentencias de 10 de abril de 1954, 16 de diciembre de 1955, 22 de octubre de 1958, 7 de marzo de 1960, 17 de octubre de 1972, 16 de junio de 1964, 25 de junio de 1965, 5 y 22 de diciembre de 1966, 21 de septiembre de 1971 y 16 de junio y 12 de diciembre de 1972, ha tratado, no siempre con éxito, de aclarar tan intrincado y espinoso problema, diciendo en síntesis: *a)* que no basta con que el responsable de imprudencia de la que resultaron muerte o lesiones graves sea a la vez profesional del arte o ciencia en cuyo ejercicio se produjo imprudentemente sino que es preciso que este resultado se haya producido gracias a su impericia o negligencia profesionales; *b)* que la imprudencia profesional es falta de aptitud para el desempeño del cometido concreto de que se trate, comportamiento no ajustado a las ordinarias normas técnicas del arte o ciencia, y torpeza

o descuido inexcusables en los que habitualmente hacen de esa actividad su modo de vivir; *c*) que lo sancionable no es un “plus” de actividad, sino un cualitativo de la culpa y que requiere dos elementos, el subjetivo —que se trate de un profesional— y el objetivo —acto para el que no pueden ser exigidas a quien no es profesional en la materia de que se trate—; *d*) que la culpa profesional es una imprudencia calificada por el incumplimiento de aquellos deberes que en relación con la pericia y la diligencia, son exigibles exclusivamente en relación con las circunstancias especiales del hecho, incumplimiento que se traduce en una mayor reprochabilidad personal y por ende en una responsabilidad más grave; *e*) que dicha profesional negligencia requiere especialmente: 1.º que el sujeto activo sea un profesional con título; 2.º que los actos realizados deben pertenecer a la esfera de su actividad y efectuarse habitualmente en ella; 3.º que el resultado debe ser de muerte o lesiones graves; 4.º que dicho resultado se haya producido a causa de imprudencia o negligencia profesional, es decir merced a conducta imperita o negligente, incompatible con el ejercicio normal de la profesión de que se trate, y 5.º que dicha imprudencia es valorable circunstancialmente según los casos; y *f*) que en definitiva se trata de una circunstancia agravante de carácter específico que, como todas, no puede presumirse y ha de estar tan acreditada como el hecho mismo» (*Sentencia de 21 de junio de 1974.*)

Una Sentencia más reciente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de fecha *1 de diciembre de 1989*, en la que se aceptan los fundamentos de Derecho de la resolución recurrida, señalaba, en cuanto a la agravante específica de profesionalidad en un delito de imprudencia temeraria, lo siguiente:

«La culpa debe recibir el calificativo de profesional cuando el resultado al cual debe ir ligada por una relación causal inexcusable, se produzca como consecuencia de un acto profesional que sea en sí mismo imperito o negligente, dentro de la estructura de la actividad que en cada caso corresponde, es decir, un comportamiento incompatible con la profesión, con grave vulneración de las reglas llamadas de la “Ley artis”. Puede distinguirse, entre la culpa del profesional, imprudencia o negligencia comunes cometidas por aquél, en el ejercicio de su arte u oficio, y la culpa profesional propia, que aparece en el precepto del artículo 565 como una especie de subtipo agravado, y viene a englobar de un lado la impericia profesional, en la que el agente activo pese a ostentar un título que le reconoce su capacidad cien-

tífica o técnica para el ejercicio de la actividad que desarrolla, contradice con su actuación aquella presunta competencia, ya porque en su origen no adquiriese los conocimientos precisos, ya porque una actualización inexcusable le conduzca a una situación de ineptitud manifiesta. También queda subsumida en aquella denominación la negligencia profesional, como tramo más acentuado de la imprudencia temeraria, en la que se detecta una especial transgresión de deberes técnicos que sólo al profesional competen, estén o no reflejados en el Estatuto que rige su actividad, inatenciones que convierte la acción u omisión del profesional en extremadamente peligrosas e incompatibles con el ejercicio de aquella profesión» (*Sentencias del Tribunal Supremo de 29 de marzo y 27 de mayo de 1988 y 5 de julio de 1989.*)

«Por otra parte, esta Sala, en relación con la responsabilidad de los médicos, tiene declarado: *a)* por regla general, el error en el diagnóstico no es tipificable como infracción penal, salvo cuando por su propia categoría o entidad cualitativa o cuantitativa resulten de extrema gravedad (*Sentencias de 25 de octubre de 1983, 7 de octubre y 22 de diciembre de 1986*). *b)* Tampoco se reputa como un elemento constitutivo, sin otro aditamento de la imprudencia, el hecho de carecer el facultativo de una pericia que deba considerarse extraordinaria o de cualificada especialización (*Sentencias de 3 de febrero y 8 de junio de 1981*). *c)* La determinación de dicha responsabilidad ha de efectuarse teniendo en cuenta las situaciones concretas sometidas a enjuiciamiento, evitando las generalizaciones aplicables a todos los supuestos (*Sentencias de 25 de noviembre de 1980 y 8 de junio de 1981*), y *d)* si las deficiencias del instrumental médico no son imputables o no consta que lo fueran a los facultativos no puede apreciarse una conducta imprudente» (*Sentencia de 10 de octubre de 1987*).

Naturalmente, esta exigencia de una responsabilidad personal viene a ser una construcción concreta derivada del criterio general de diligencia con la que cada sujeto ha de actuar, más el reconocimiento de una propia libertad de decisión en el entorno del saber profesional. Paralelamente, y cada día de modo más depurado, el propio ordenamiento y la jurisprudencia han construido una responsabilidad de las organizaciones en que el profesional se inserta; es otra dimensión del problema, en la que trabaja la teoría desde hace tiempo; su punto de partida es puramente objetivo, centrado en el dato de que dicha responsabilidad viene a ser una consecuencia inherente a la organización y desarrollo del propio servicio de asistencia, tanto si es de carácter público como si lo es puramente privado.

#### D) EL TRABAJO EN EQUIPO Y EL PROBLEMA DE LA DELIMITACIÓN DE RESPONSABILIDADES PERSONALES

La medicina moderna ya no se ejerce, como regla general, de forma individualizada sino que requiere *la cooperación de un conjunto de profesionales que desarrollen su actividad agrupados en equipos*. Se suelen citar como factores que hacen irreversible este sistema de división del trabajo, los siguientes: el proceso técnico de la medicina, con la consiguiente proliferación de especialidades; el paso a una medicina social con un considerable aumento del número de pacientes, que exige una organización racional; la necesidad de delimitar la responsabilidad en la que puedan incurrir los sanitarios intervinientes en la actividad médico-quirúrgica, etc. En estas situaciones se produce una *distribución de funciones o división del trabajo*, que plantea, a veces, problemas jurídicos a la hora de determinar e individualizar la responsabilidad de cada uno de los componentes del equipo. En el ámbito penal esta responsabilidad —como es sabido— es estrictamente personal, pero no ocurre lo mismo cuando nos referimos a la responsabilidad civil, en la que ya caben ciertas matizaciones.

En primer lugar —dice ROMERO CASABONA— la existencia de una *relación contractual* del paciente con uno o varios miembros del equipo, implica que cada uno de ellos responderá (incluso extracontractualmente) por la parte de prestación de servicios asumida. Si sólo la realizó el Jefe del equipo o encargado principal del tratamiento, éste responderá en principio por las actuaciones de todos. Si la relación se ha establecido con todos los integrantes del equipo, cada uno responderá por la función que tenga atribuida, siendo posible añadir la responsabilidad solidaria del Jefe del equipo junto al autor material, al corresponderle al mismo una labor de supervisión y control de lo realizado por los demás. Reconocida la «división del trabajo» como una necesidad de la medicina moderna y como una inevitable consecuencia del progreso científico y de la proliferación de especialidades, las cuestiones a dilucidar son: funciones de cada uno de los colaboradores; contribución y desarrollo del trabajo común y forma de tratar jurídicamente las relaciones que se traban en este sistema de trabajo.

Para ayudar a resolver todas estas cuestiones se recurre normalmente, y sobre todo en el ámbito penal, al *principio de confianza*. De acuerdo con este principio cada miembro del equipo, que actúa de forma correcta, puede confiar en que los demás participantes observarán, también, el cuidado objetivamente debido, mientras que por las circunstancias concretas de cada caso no tenga motivo para pensar lo contrario. El mencionado principio —que ha tenido especial aplicación en materia de circulación— también es trasladable al ámbito sanitario y,

especialmente, a la actividad médico-quirúrgica. Aplicado a esa actividad el principio implica que el cirujano puede, en principio, confiar en que sus colaboradores (anestesiastas, ayudantes, enfermeras, etc.) se comportarán diligentemente, en tanto no concurren en el caso concreto circunstancias especiales —como la falta de cualificación, inexperiencia, ineptitud, descuidos graves—, reconocibles, que le hagan pensar en lo contrario.

Este principio tiene una especial importancia en el ámbito de la actividad médico-quirúrgica, ya que evita que el Jefe de equipo deba estar exasperada y constantemente atento a los deberes de diligencia de los demás colaboradores y hace posible, por tanto, que aquél pueda concentrarse en su principal cometido, que es la aplicación adecuada de la técnica quirúrgica, proporcionando así la necesaria seguridad y la eficacia del trabajo en el resultado final. El Jefe del equipo tiene que poder confiar —dentro de ciertos límites— en una colaboración correcta de los otros componentes que participan en ese trabajo común, ya que un médico que se ocupase de todos y cada uno de los detalles y de la actuación de los demás, posiblemente no podría recibir en ningún caso el reproche jurídico por una actuación penal o civilmente incorrecta, pero no cabe duda que lo más probable es que no hiciera un correcto ejercicio de su profesión. En consecuencia, cada miembro del equipo debe responder por las prestaciones defectuosas que se den en el ámbito de sus propias funciones y responsabilidades, según la especialidad sanitaria que esté ejerciendo. Ello al margen de que el Jefe de equipo tenga unos deberes especiales, añadidos a los propios de su especialidad médica, que consistirá en una adecuada coordinación y distribución del trabajo, supervisión de la actividad de los demás, selección, en algunos supuestos, de sus colaboradores, etc.

Este principio de confianza es aplicable no sólo a los supuestos de trabajo en equipo, sino también en aquellos supuestos en que existe una actividad sucesiva de diversos profesionales sanitarios. Como puede ser la relación entre el médico y la posterior actuación del farmacéutico, de forma que éste puede confiar en que el medicamento prescrito por aquél es correcto para el paciente; la actuación de la enfermera que debe aplicar el tratamiento en algunos casos prescrito por el médico, también debe confiar en que las dosis y demás indicaciones efectuadas por el primero serán o son correctas.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el principio de confianza no debe llevarse a sus últimos límites, sino que la confianza de unos con otros debe responder a unos parámetros de normalidad, de manera que cuando se superen éstos o se entrevean determinadas situaciones, el principio de confianza debe ceder ante otro *principio*: el de la *seguridad*:

«Confió ciegamente, y de modo excesivo, en los miembros ATS que debieron observar y vigilar el traumatismo, sin tener en cuenta que, la formación científica de dichos auxiliares, con ser estimable, no permite descargar sobre ellos toda responsabilidad técnica de un caso de suma gravedad como lo era el de autos» (Sentencia de 31 de mayo de 1982).

En este sentido, la jurisprudencia valora, según las circunstancias de cada caso, si la confianza se llevó a extremos indebidos o no.

«Reconociendo que la previsibilidad del evento o riesgo es de tal magnitud en el campo de la cirugía que hace disminuir su operatividad en la determinación de la imprudencia y que el principio de confianza basado en el normal comportamiento de las demás personas que intervienen en la misma actividad igualmente disminuye la intensidad de la diligencia que se ha de tener en actos extraños al específico que cada interviniente tiene que realizar, igualmente hay que reconocer que esta magnitud de la previsibilidad exige y requiere una mayor diligencia de la conducta, ampliada también a la de terceras personas, cuando éstas no cumplen por abandono o deficiente prestación de la actividad, como ocurre en el presente caso, al prestar el anestesista sus funciones a dos pacientes de forma simultánea» (Sentencia de 11 de octubre de 1979).

En una Sentencia de 8 de junio de 1981 se declara que el exceso de confianza en lo realizado por los facultativos que atendieron previamente al paciente no exculpa al facultativo procesado.

Hay que intentar deslindar dos modalidades principales de la división del trabajo médico: la *horizontal* (cirujano-anestesista, por ejemplo) y la *vertical* (cirujano-enfermeras).

La *división del trabajo horizontal* es una modalidad en la que todos los intervinientes que participan tienen un mismo nivel de formación, es decir, se da entre ellos una relación de igualdad, desde el punto de vista profesional y competencial, y cada uno ha de cumplir con las tareas y cometidos propias de su especialidad. Esta característica se da, por ejemplo, dentro de la medicina moderna y en las relaciones entre el cirujano y el anestesista, es decir, entre dos especialistas médicos que tienen un conjunto de conocimientos científicos y técnicos distintos y propios cuyo ejercicio obliga a realizarse de forma coordinada para obtener el resultado médico final, que es la curación del paciente.

En estos casos, por tanto, no cabe hablar de soluciones jerarquizadas entre estos profesionales. En algún supuesto en que se trató de deslindar las responsabilidades entre los médicos intervinientes de una de-

terminada actuación sanitaria, el Tribunal Supremo, en Sentencia de 10 de noviembre de 1980, sentó algunas consideraciones y, entre ellas, la siguiente:

«Que así como las ciencias físicas y tecnológicas permiten sentar apotegmas previos y establecer una serie de reglamentaciones tendentes a señalar una normativa que evita la causación de cualquier daño, como ocurre con la construcción, para la que rige la Ordenanza Laboral de 28 de agosto de 1970, es lo cierto que aquellas otras disciplinas que se rigen por la *lex artis* no son proclives a admitir tales previas reglamentaciones con la amplitud de aquéllas, pero sin que tampoco las erradique.»

Quiere decir que, aunque aquí no suele haber reglas fijas, sí pueden servir de orientación determinadas reglamentaciones o normas estatutarias en las que se fijan las funciones y responsabilidades que corresponden a las distintas profesiones sanitarias.

El modelo paradigmático de la *división del trabajo vertical* es, en el campo sanitario, el que se da en las relaciones entre el médico y las enfermeras. Así como en la división horizontal hay unas relaciones de igualdad entre los componentes del equipo, en el denominado vertical hay unas relaciones de supra y subordinación entre quienes llevan a cabo la actividad médico-sanitaria. Es decir, aquí existe una mayor jerarquización del trabajo ya que nos encontramos con las siguientes características: hay un orden jerárquico de distribución de deberes, tales como los de instrucción, control y vigilancia del superior, y la obligación de los subordinados de cumplir las órdenes de sus superiores jerárquicos; existe, por tanto, una relación de dependencia de los subordinados con respecto a los superiores y, finalmente, puede darse una delegación de funciones, que en determinadas circunstancias puede suponer un desplazamiento de competencias y responsabilidades hacia los inferiores.

Naturalmente, en este tipo de delegaciones de arriba hacia abajo, en principio, sólo se podrá delegar, sin riesgo de incurrir en responsabilidad, aquellas tareas que sean competencia específica del personal sanitario subordinado que trabaje en el equipo y, a su vez, en esta delegación se deberá tener en cuenta el principio de confianza, para lo cual deberá valorar las circunstancias de toda índole que concurren en cada caso antes de adoptar la decisión. Así, por ejemplo, nuestro Tribunal Supremo consideró, en la *Sentencia de 15 de enero de 1974*, penalmente responsable al médico-cirujano del fallecimiento del paciente, producido como consecuencia de un descuido postoperatorio, que había sido indebidamente confiado a las enfermeras, y que consistía en que las auxiliares sanitarias se veían incapaces de colocarle el goteo

al paciente por falta de vena, por lo que debiera haberlo realizado personalmente el médico. En definitiva, como señalábamos anteriormente, el principio de confianza tiene sus límites cuando cabe apreciar o presumir reparo respecto a la cualificación o fiabilidad de un colaborador.

Ahora bien, también ha dicho el Tribunal Supremo en supuestos de trabajo en equipo, que no puede ser que un determinado descuido o inadvertencia sea imputado a negligencia o imprevisión del Jefe de equipo o cirujano, ya que éste *tiene que confiar las actividades secundarias o complementarias que él no puede atender por sí mismo* a otros facultativos o prácticos, y de cuya actuación, por ser individual y personalísima, no tiene obligación de responder. Así, en la *Sentencia de 16 de enero de 1961*.

Con independencia de que en el trabajo horizontal exista menos dependencia entre el Jefe del equipo y sus colaboradores sanitarios, a diferencia del supuesto de división del trabajo vertical en el que la relación jerárquica es más evidente y notable, lo cierto es que en ambos tipos de trabajo debe existir la figura de un Jefe de equipo al que le corresponde una serie de actividades propias de esa jefatura, que tiene los correspondientes deberes de diligencia mediatos o secundarios relativos a la dirección, coordinación y vigilancia del trabajo de todos los componentes del equipo, con mayor o menor intensidad según el juego que se dé al principio de confianza, a la vista de las circunstancias concurrentes. En ambos casos —trabajo horizontal y vertical— puede darse el ejercicio de una actividad propia del principio de jerarquía, cual es la de repartir determinadas instrucciones por una persona del equipo a los otros componentes del mismo. Ello tiene especial relevancia porque estas órdenes o instrucciones, que en muchos casos deberán ser escritas, exigen el que se efectúen de manera que no existan fallos en la comunicación, ya que éstos constituyen una fuente especial de peligro, dentro de la división de trabajo médico. En el intercambio de información, como consecuencia de descuidos en el leer, escribir y hablar, se producen fallos graves que condicionan la causación de lesiones o muerte, que en ocasiones han podido ser tachadas de imprudentes. De ahí que sea trascendental que las órdenes o instrucciones se impartan de la forma más clara posible para que no haya lugar a dudas por parte de aquéllos que tienen que ejecutarlas, en el ejercicio de las funciones que tengan asignadas dentro de equipo. En consecuencia, el médico Jefe de equipo debe adoptar las medidas de seguridad adecuadas para que, entre otras, tales instrucciones se impartan con la mayor exactitud e, incluso, cuando sea necesario, por escrito.

Estudiando los efectos de la jerarquía, DE VALLÉS, señala que «en realidad la jerarquía se explica siempre como una voluntad que se manifiesta frente a otra voluntad, actual o potencialmente, y que el De-

recho reconoce como superior, mejor, más eficaz». La jerarquía, desde esa perspectiva, supone la atribución de un «poder de mando» que habilita al jerarca para «ordenar» a otros el ejercicio de una actividad o la ejecución de un acto o hecho, de acuerdo con los dictados de su voluntad. Ahora bien, hay que reconocer que la intensidad del poder de mando y el correlativo deber de obediencia dependen de la naturaleza de la actividad, actuación o función de que se trate. La intensidad de aquel poder es distinta en cada caso.

En un extremo nos encontramos con que en algunos casos —y en el de los profesionales médicos hallamos un ejemplo adecuado— los inferiores disponen de una aptitud de obrar por sí, de decidir o actuar sin los condicionamientos del criterio o voluntad de los superiores. Se trata de supuestos en que puede decirse que prácticamente desaparece la jerarquía. Los órganos inferiores deciden, de acuerdo con los dictados de la *lex artis*, cuyas reglas están en continua evolución y son las que enmarcan la llamada «discrecionalidad técnica», en base a la que se adopta un criterio o decisión. De ahí que, en el ejercicio de su profesión, en lo que afecta al aspecto sustantivo de la decisión, el inferior puede apartarse de la orden o directriz profesional que le marque el superior. La salud, la vida en algunos casos, son bienes jurídicos cuya tutela debe asegurarse por encima del deber de obediencia. El juicio, dictamen, diagnóstico o prescripción profesional tiene que emanar de una voluntad libre, ajena totalmente al poder de mando de un superior. Existe aquí —como en el caso de los órganos consultivos o de asesoramiento— lo que se denomina discrecionalidad o «autonomía técnica o natural». Discrecionalidad que sólo se da con respecto al contenido del acto —es decir, en cuanto al fondo— pero no en cuanto a su emisión.

El poder de mando comprende, por una parte, la potestad de impartir órdenes; por otra, la vigilancia y seguimiento de la conducta o actuación de los subordinados y, por último, la aparición o valoración de su comportamiento, pudiendo ejercer, en su caso, la potestad disciplinaria. En este punto nos parece especialmente significativo comprobar —en el sentido que luego precisaremos— que la transgresión del deber de obediencia, que se configura, casi siempre, como una infracción disciplinaria, tiene una trascendencia o valoración distinta, dentro del sector sanitario, según se trate de profesionales médicos o de otros sanitarios. En el mundo de las relaciones especiales de sujeción y, en particular, en aquéllas en que existe un vínculo estatutario, una de las infracciones disciplinarias típicas suele ser la desobediencia o la falta de obediencia. Así, en el vigente Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero), en el artículo 7.1, en el que se tipifican las faltas graves, aparece en su primer apartado *a*) la siguiente: «*a*) La falta de obediencia debida a los superiores y autoridades.»

Sentado lo anterior y volviendo ahora al sector sanitario, hay que diferenciar las órdenes referentes al servicio de aquellas órdenes y mandatos singulares dirigidos a una determinada persona, que es la que debe ejecutar la voluntad, expresada en aquéllas, de un superior, habilitado legalmente para imponerla. El incumplimiento de las primeras dará lugar a una infracción disciplinaria, que no debe confundirse con el incumplimiento procedente de una determinada persona que recibe una orden dirigida expresamente a ella y la desobedece. Este es el sentido con que deben interpretarse los Estatutos del personal al servicio del sector sanitario de la Seguridad Social.

En el *Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo* de las Instituciones de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 26 de abril de 1973, nos encontramos con las siguientes tipificaciones de faltas:

— Faltas leves (art. 123): ... 4. El incumplimiento de órdenes referentes al servicio, siempre que se produzca por primera vez y no perjudique la asistencia.

— Faltas graves (art. 124): ... 5. El incumplimiento... de las órdenes recibidas por conducto reglamentario.

— Faltas muy graves (art. 125): ... 2. La indisciplina y desobediencia muy grave.

En el *Estatuto de Personal no Sanitario* al servicio de las Instituciones de la Seguridad Social, aprobado por Orden de 5 de julio de 1971, la calificación de las infracciones disciplinarias, en lo que al tema que nos interesa afecta, es la siguiente:

— Faltas graves (art. 65.3): ... e) El incumplimiento de las órdenes recibidas.

— Faltas graves (art. 65.4): ... d) La indisciplina y desobediencia graves.

Finalmente, en el *Estatuto Jurídico del Personal Médico* de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, encontramos, en lo que concierne a los ilícitos antes expresados, sólo y exclusivamente el siguiente:

— Faltas graves (art. 66.3): ... b) El incumplimiento... de las órdenes recibidas siempre que perturben el servicio o perjudiquen la asistencia.

Se constata, así, tal como avanzábamos anteriormente, que en el caso del personal sanitario médico no se tipifica la falta de «desobediencia» propiamente dicha, pese a que la encontramos en los otros Estatutos. Eso significa —a nuestro juicio— que el Estatuto Jurídico del Personal Médico da por supuesto que, en el ejercicio de esa profesión titulada, no pueden los superiores impartir mandatos u ór-

denes que impongan su criterio al inferior en todo lo relativo a decisiones propias de la profesión. En el caso de los médicos, por tanto, sólo se produce una relación entre las normas jurídicas u órdenes generales, relativas al servicio, y el funcionario en cuestión, a diferencia del resto del personal en que se da una obediencia debida. En esos casos, entre las normas u órdenes generales y el funcionario se intercala la voluntad del superior.

En los Estatutos a los que nos estamos remitiendo se viene a establecer una diferenciación entre dos manifestaciones de la voluntad jerárquica. Una de ellas es el caso de las órdenes generales, conocidas también como órdenes de servicio. Otra, las órdenes o mandatos que, como se ha dicho, tienen un carácter particular, individualizado y singular. Las primeras pueden equipararse, por su alcance y destinatarios indeterminados, a los reglamentos. Podría decirse que la orden o mandato cuyo incumplimiento puede dar lugar a la falta por desobediencia es la que tiene el carácter de «inmediato cumplimiento», a diferencia de las demás órdenes generales que no tienen determinado, normalmente, el tiempo exacto en que deben ser objeto de cumplimiento y que, además, suelen transmitirse por vía escrita. La orden o mandato de aquella naturaleza no sólo se caracteriza porque va dirigida a un determinado y concreto destinatario, sino porque también está vinculada a actos u operaciones concretos, perfectamente individualizados.

A una orden corresponde una obediencia. El superior, manda; el inferior, obedece o desobedece. La orden, se ha dicho, es «la imposición de una voluntad “plusvalente” sobre una voluntad “minusvalente” a través de la constitución de una obligación inmediata y directa». Ahora bien, como señala APARICIO MÉNDEZ, «el principio en que reposa el deber de obediencia no es, sin embargo, absoluto. A él se opone la excepción del derecho de examen». En el caso del personal médico sanitario, la naturaleza de sus funciones puede decirse que le da un derecho de examen tan exhaustivo que hace desaparecer el deber de obediencia, configurando lo que podría llamarse el «derecho a desobedecer». Por eso, contra el ejercicio de este derecho, no cabe ejercer la potestad disciplinaria jerárquica.

Parodiando la STC 182/1990, de 15 de noviembre, pronunciada en relación con una sanción derivada de una actuación de una Inspectora de Trabajo, cabría decir que «no cabe entender como incumplimiento de deberes funcionariales la falta de coincidencia del criterio valorativo» (expresado en el sector sanitario en el diagnóstico y tratamiento formulado por un médico con respecto a un determinado enfermo) «con el sustentado por sus superiores respecto de los hechos determinantes de la actividad» en cuestión.

En el caso del ejercicio de la profesión médica, también cabe afirmar con la sentencia que no es constitucionalmente posible incluir en-

tre los deberes del funcionario «la plena y previa sintonía con sus superiores en la valoración de los supuestos fácticos sometidos a conocimiento».

Y es que, hay que insistir en ello a modo de conclusión, en el trabajo en equipo actúa un vínculo que es el que proporciona coherencia al grupo, con independencia de las órdenes o directivas externas al propio grupo. En su interior, tanto si su estructura es vertical como horizontal, el lazo de integración viene a ser una expresión concreta de un principio jurídico general: el de la confianza que legítimamente cabe y puede otorgarse al sujeto o sujetos con el que cada uno se relaciona o vincula. El factor confianza no sólo delimita responsabilidades individuales, sino que, además, actúa como aglutinante. Es, en último término, el sucedáneo, si es que vale así decirlo, de la jerarquía, que sólo se hace presente allí donde la profesión médica actúa de elemento subordinador de otras profesiones. Es, en definitiva, una mixtura conveniente, adaptada a las exigencias estructurales y funcionales, de confianza y jerarquía.

### III. ESTRUCTURA DE LOS SERVICIOS DE SALUD Y JERARQUIZACIÓN

El análisis de la profesión médica y, en general, de las profesiones sanitarias, es el punto de partida para acceder ahora a las estructuras en que estas profesiones se encuadran en el seno de la organización administrativa. En ellas, según se verá, haya unos primeros trazos estructurales destinados al encuentro entre el profesional y el usuario de estos servicios de salud. La descripción de estos ámbitos de encuentro no constituye, sin embargo, más que una parte del problema. Es que, a su vez, los ámbitos funcionales vienen envueltos en la estructura propiamente administrativa de estos servicios. Será preciso, por ello, abordar después las peculiares relaciones que, entre estructura propiamente administrativa y estructura de atención, se dan en el seno de la Administración Sanitaria. Con toda seguridad, estamos ante un sector de la organización administrativa en que el encuentro entre una y otra piezas ha despertado la mayor sensibilidad y, con ella, la posibilidad de hacer frente a los problemas. No obstante, el tiempo nos irá haciendo ver que la marcha dialéctica entre sector administrativo y sector puramente profesional no es ni exclusiva de la Administración Sanitaria ni se plantea solamente en ella; probablemente, las experiencias aquí adquiridas habrán de irse extrapolando a otros ámbitos de las organizaciones administrativas de nuestro tiempo. Veamos, pues, de modo sucesivo este entramado.

## A) AREAS DE SALUD

El modelo organizativo que implanta la *Ley General de Sanidad* descansa en las Areas de Salud, piezas básicas de los distintos Servicios de Salud autonómicos que, a su vez, constituyen en su conjunto el Sistema Nacional de Salud. Esas Areas están organizadas conforme a una concepción integral de la Sanidad —que postula la propia Ley— y que permite ofrecer desde ellas todas las prestaciones propias del sistema sanitario en los distintos ámbitos o demarcaciones territoriales.

En las Areas de Salud se desarrollan actividades, tanto en el ámbito de la atención primaria como en el nivel de atención especializada, a realizar en los hospitales y centros de especialidades dependientes funcionalmente de aquéllos. Las Areas cuentan, como mínimo, con los siguientes órganos:

1. De participación: El Consejo de Salud.
2. De dirección: El Consejo de Dirección.
3. De gestión: El Gerente.

A efectos funcionales, destaca como figura que ocupa la cúspide de la organización del Area, el Gerente que es el órgano de gestión y, en definitiva, el encargado de la ejecución de las directrices y normas sanitarias que se establezcan; para lo cual, haciendo uso de su posición, deberá cursar las instrucciones y órdenes necesarias para que aquéllas se cumplan en todos los servicios, centros y establecimientos que se integren en el Area, constituidos, esencialmente, por los Centros de Salud y los hospitales.

Ese Gerente, utilizando la concepción de APARICIO MÉNDEZ, podríamos decir que no es propiamente el jerarca del Area, sino que ocupa una posición de «supremacía» que cabría definir como de «preeminencia absoluta por materia u organización», que encauza la acción de un conjunto orgánico por medidas adecuadas, generalmente de estímulo o de previsión, sin interferir directamente en la actividad de las entidades o profesionales afectados o presionar, aun indirectamente, sus voluntades.

## B) ATENCIÓN PRIMARIA

El Area de Salud, para conseguir la máxima operatividad y eficacia en el funcionamiento de los servicios, en el *ámbito de la atención primaria*, se divide en zonas básicas de Salud. En cada una de éstas se ubica un Centro de Salud, que «desarrollará de forma integrada y mediante el trabajo en equipo todas las actividades encaminadas a la pro-

moción, prevención, curación y rehabilitación de la salud, tanto individual como colectiva, de los habitantes de la zona básica». La *Ley General de Sanidad* insiste, en relación con estos servicios a nivel primario, en el «trabajo en equipo», de forma que las referidas actividades sanitarias no sólo se desarrollan —como se ha dicho— mediante esa forma de trabajar, sino que una de las funciones que se asignan a los Centros de Salud es precisamente la de «facilitar el trabajo en equipo de los profesionales sanitarios de la zona».

Ahora bien, la Ley no ha querido entrar en la organización interna de los Centros de Salud ni en el de los equipos sanitarios que los integran. El *Real Decreto 137/1984*, de 2 de enero, sobre Estructuras Básicas de Salud, que precedió en el tiempo a la *Ley General de Sanidad* en cuanto a la regulación de ese ámbito sanitario y que pretendió —según su propia exposición de motivos— «llevar a cabo unas primeras realizaciones a través de disposiciones que aseguren el período transitorio» en el sistema de asistencia primaria, definió el Equipo de Atención Primaria como «el conjunto de profesionales sanitarios y no sanitarios con actuación en la Zona de Salud» (art. 3.1). «Ese personal —decía en su art. 4— dependerá funcionalmente de un Coordinador Médico, el cual, sin perjuicio de desempeñar sus propias actividades, realizará las actividades específicas propias de su cargo, entre las cuales figurarán las de relación con los demás servicios e instituciones sanitarias y con la población». Añadía en el siguiente apartado de ese mismo artículo el carácter temporal de ese cargo, que «recaerá sobre uno de los componentes del Equipo de Atención Primaria».

Al Coordinador Médico se le asigna la función de «armonizar» los criterios organizativos del conjunto de profesionales, sanitarios y no sanitarios, tengan éstos vinculación estatutaria o funcional por su pertenencia a los Cuerpos Técnicos del Estado al Servicio de la Sanidad Local. La disposición no se ha atrevido a atribuir expresamente a ese Coordinador una posición de superioridad jerárquica, pero lo cierto es que no cabe coordinar si no se dispone, cuando menos, de una cierta posición de supremacía con respecto a quienes deben ser objeto de coordinación.

En la práctica —salvo en el caso de aquellas Comunidades Autónomas que tienen asumidas todas las competencias en materia de Sanidad— no ha sido fácil la formación de esos equipos, ya que mientras unos componentes del equipo estaban sometidos a una vinculación estatutaria con la Seguridad Social, otros lo están con una Administración y con carácter estrictamente funcionarial. Además, en algunos funcionarios —como es el caso de los médicos titulares y practicantes titulares— se da una doble condición: por un lado, son funcionarios, en cuanto pertenecen a esos Cuerpos al Servicio de la Sanidad Local —y como tales fueron transferidos a las respectivas Comunidades Autóno-

mas—, y por otro, prestan también servicio a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y como tales no dependen, por no haberse transferido esos servicios, de la Comunidad Autónoma.

Ante esta situación, en la que nos encontramos con los equipos integrados por personas de distinta procedencia y vinculación y sobre los que, en algunos casos, existe una doble dependencia de Administraciones distintas, no ha sido fácil encontrar una coherencia y armonización de los criterios profesionales.

Se trata, pues, de un sistema en el que la estructura descansa realmente sobre una jerarquía de las profesiones, y al coordinador se le confiere una situación distinta; es una supremacía no jerárquica, siempre que de jerarquía se siga manteniendo la noción ya tradicional. En definitiva, la voluntad del coordinador orienta pero no suplanta la de cada uno de los coordinados.

### C) ATENCIÓN HOSPITALARIA

Cada Área de Salud dispone, al menos, de un hospital general. El hospital —como señala el *artículo 65.2 de la Ley General de Sanidad*— es el establecimiento encargado tanto del internamiento clínico como de la asistencia especializada y complementaria que requiera su zona de influencia. En la institución hospitalaria se produce la integración de una serie de unidades funcionales que deben ser coordinadas entre sí, de manera que los diversos aspectos de la actividad de cada una formen parte de la actividad y dedicación principal de aquélla, de conformidad con las funciones asistenciales que tenga asignada en cada caso.

Si tomamos como ejemplo, en esa materia, los servicios sanitarios de la Seguridad Social, y, más en concreto, los servicios médicos o de enfermería, podremos constatar que ha sido una constante en la organización de los mismos su jerarquización. El *Decreto 2766/1967*, de 16 de noviembre, por el que se dictan normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el Régimen General de la Seguridad Social, dedica al *capítulo II* a la cuestión organizativa, tanto en el ámbito territorial como en el funcional. En el *artículo 26* nos habla de los *servicios jerarquizados*:

«1. La organización jerarquizada de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social responderá a las exigencias de ordenación funcional de la asistencia prestada a través de los Servicios que aquéllas tengan asignados, según criterios de adecuada interdependencia y coordinación. Estos Servicios estarán a cargo de los equipos o unidades asistenciales que determine el Minis-

terio de Trabajo (hoy Ministerio de Sanidad y Consumo), a propuesta del Instituto Nacional de Previsión (hoy Instituto Nacional de la Salud).»

En la *Orden de 28 de julio de 1971* se establecen las normas de aplicación y desarrollo de lo dispuesto en este artículo, según la redacción dada por el *Decreto 1872/1971*, para la jerarquización de esos Servicios. El régimen de jerarquización —según el *apartado 2 del artículo 26* antes citado— «afectará a la totalidad de los servicios de las Instituciones Sanitarias Cerradas y de los Centros de Diagnóstico y Tratamiento. En las restantes Instituciones abiertas, la jerarquización podrá comprender a todos sus servicios o parte de ellos. La jerarquización se llevará a cabo conforme a los planes que apruebe el Ministerio de Trabajo, a propuesta del Instituto Nacional de Previsión». Naturalmente, esta jerarquización afecta a las relaciones personales de trabajo, y por ello en el *apartado 4* de dicho precepto se dispone lo siguiente:

«En el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social se determinan los derechos y deberes de los facultativos que integren los correspondientes equipos, quienes, asimismo, quedarán obligados a la observancia de las normas contenidas en los reglamentos de la institución respectiva, muy especialmente en todo lo relativo a la coordinación que haya de mantener en el desenvolvimiento de sus actividades.»

Y en el último párrafo del mismo precepto, con un ámbito personal más amplio y no restringido al médico, se dispone también lo siguiente:

«Los cometidos y actuación del personal que integre las Instituciones o Servicios jerarquizados quedarán definidos por las exigencias de la ordenación funcional de la asistencia.»

Siendo la unidad funcional hospitalaria la Sección, y estando las Secciones integradas en Servicios y éstos, a su vez, agrupados en Divisiones, como unidades principales de la estructura organizativa hospitalaria, nos encontramos con que la línea jerárquica dentro de la actual organización hospitalaria no es única, sino que se distribuye a modo de rastrillo a partir de la Gerencia del Centro. De esta forma la departamentalización y consiguiente jerarquización de los servicios permite el planteamiento de un esquema de organización funcional que, sin rigidez, puede lograr el desarrollo de unas líneas de función y de responsabilidad que al mismo tiempo que facilitan la actividad principal asignada al centro hospitalario permiten una más eficaz función gerencial.

En todo caso, es evidente que la jerarquización supone una línea de autoridad que debe ser respetada. Otra cosa es valorar el contenido funcional de esa jerarquización, es decir, hasta qué punto la autoridad del superior puede imponerse en las decisiones técnico-profesionales del inferior. Por otra parte, no hay que olvidar que, en las estructuras hospitalarias modernas, predomina el esquema de la organización del trabajo en equipo, en el que un grupo de médicos, cada uno de ellos conocedor y artífice de una técnica profesional determinada, colaboran de forma solidaria en el diagnóstico, la terapéutica y la profilaxis de los internos, auxiliados, a la vez, por unos medios personales y técnicos y unos servicios generales de apoyo.

El *Real Decreto 521/1987*, de 15 de abril, aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud. El modelo de estructura, dirección y gestión que se aprueba en este Reglamento debe ser implantado —según su *disposición transitoria primera*— en los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, de forma gradual, en la medida que lo permitan las disponibilidades de dicho Instituto y previo acuerdo de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria. Los servicios y actividades de los hospitales —según este Reglamento— se agrupan en una serie de Divisiones: Gerencia Médica, de Enfermería y de Gestión y Servicios Generales. Los Directores de cada una de estas Divisiones dependen, orgánica y funcionalmente —según el *artículo 7.3 del Reglamento*—, del Director Gerente, y se constituyen, a su vez, en la cúspide de la línea jerárquica de cada una de esas Divisiones. Sin embargo, hay que puntualizar aquí que la pretensión del Reglamento, expresada en su *artículo 7.3*, fue matizada e interpretada por la *Sentencia del Tribunal Supremo* de 20 de diciembre de 1988 (Ar. 9982), en cuyo fundamento quinto se decía:

«... debiéndose dilucidar si en función de la propia naturaleza de los centros hospitalarios y su funcionalidad concerniente a la asistencia sanitaria las facultades atribuidas al Gerente, como órgano director de los mismos, y la subordinación orgánica y funcional al mismo de las Divisiones Médicas y de Enfermería se acomoda a lo que es esencial en la prestación del acto médico y de enfermería; procediendo afirmar que de subordinar al personal de esas Divisiones Médicas y de Enfermería al Gerente extraño a su cometido sanitario, vulneraría lo que es inmanente a la institución hospitalaria: el tratamiento de los pacientes, por lo cual y de conformidad con lo expuesto en el dictamen del Consejo de Estado y dado el contenido del *artículo 7.3 del Reglamento* por el que se dispone: “los Directores de las Divisiones Médicas, de Enfermería y de Gestión y de Servicios Generales dependerán or-

gánica y funcionalmente del Director Gerente" y las atribuidas a las Divisiones Médicas y de Enfermería, artículos 10 y 12, resulta obligado interpretar esos preceptos en el sentido de que no teniendo el Director Gerente y, en su caso, quien lo sustituya, el título de facultativo médico, o aun teniéndolo no estando incardinado en la función facultativa asistencial sanitaria, en el ejercicio de sus funciones los médicos y personal de enfermería no pueden estar supe-ditados al Director Gerente; debiéndose declarar que en este aspecto la dirección gerencial no puede condicionar en su función la prestación del servicio médico y auxiliar de enfermería que exige una titulación, y adscripción a una actividad incompatible con la dependencia a una autoridad no competente para el acto médico o sanitario, debiendo aquél conservar su responsabilidad personal y la independencia que demanda su cometido asistencial; y por ello, en relación con el artículo 10 del Reglamento, procede declarar conforme a Derecho la creación del Gerente Director con la interpretación indicada».

En consecuencia, la dependencia funcional y orgánica, es decir, la jerarquía, se trunca cuando la actividad profesional entra en el campo de la prestación del acto médico y de enfermería. Por el contrario, dentro de los profesionales que, ejerciendo su respectivo título, trabajan en una misma División, Médica o Enfermería, sí se puede producir cierta dependencia en tanto en cuanto las decisiones del superior no pongan en tela de juicio la libertad e independencia que los profesionales sanitarios tienen cuando actúan en el ámbito de su respectiva profesión titulada. Así, por ejemplo, corresponde al Director Médico el ejercicio, entre otras, de las siguientes funciones: de una parte, la dirección, supervisión de los servicios médicos y otros servicios sanitarios del hospital, y de otra, asumir las funciones que expresamente le delegue o encomiende el Director Gerente. De esta forma, se comprueba cómo el Director Médico se sitúa, con respecto a los servicios médicos del hospital, en el punto álgido de la línea jerárquica, mientras que con respecto al Director Gerente está en una postura de subordinación y, por tanto, con la obligación de realizar las funciones que le encomiende. Esta dependencia jerárquica se demuestra también y se expresa con rotunda claridad en el artículo 25 del Reglamento cuando establece las relaciones de dependencia inmediata entre unos y otros responsables de las unidades orgánicas del centro hospitalario:

«2. Los responsables de los servicios médicos tendrán la denominación de Jefes de Servicio y estarán bajo la dependencia inmediata del Director Médico.

3. Los responsables de las unidades asistenciales con rango inferior al de servicio, tendrán la denominación de Jefes de Sec-

ción y dependerán del Director Médico o del Jefe del Servicio, si lo hubiere.

4. Los responsables de las unidades orgánicas de enfermería tendrán la denominación de Supervisores de Enfermería y estarán bajo la dependencia del Director de Enfermería.»

La ocupación en la línea jerárquica de un puesto de jefatura lleva consigo la responsabilidad de las tareas encomendadas a la unidad correspondiente. Y ello no sólo por la actividad propia del que ostenta la jefatura, sino también de la del personal que tiene adscrito. Así lo determina el *artículo 26* del mencionado Reglamento:

«Los jefes de las unidades a que se refiere el artículo anterior serán responsables del correcto funcionamiento de las mismas y de la actividad del personal a ellos adscrito, así como de la custodia y utilización adecuada de los recursos materiales que tengan asignados.»

La situación de subordinación o dependencia de unas personas con respecto a otras, propia del principio de jerarquía, no es algo típico de los Servicios Sanitarios de la Seguridad Social, sino que tal situación se encuentra en otras organizaciones hospitalarias. En este aspecto podríamos hacer referencia a algún reglamento que, a título de ejemplo, nos puede servir, con independencia de si está o no actualmente en vigor. En el *Reglamento del Hospital General de Soria*, en la redacción dada por la Diputación Provincial, con fecha de 20 de abril de 1971, para regular los servicios sanitarios de dicho centro, en cumplimiento de lo dispuesto en convenio suscrito entre el Ministerio de la Gobernación y dicha corporación local y que fue aprobado por la Dirección General de Sanidad, nos encontramos también con una estructura organizativa jerarquizada. En la cúspide de la misma se coloca, como órgano supremo del hospital, al Consejo de Administración (*artículo 8*), seguido del Director Médico, en cuanto Consejero Delegado, al que le corresponde la plena responsabilidad del funcionamiento de todos los servicios del Hospital General (*art. 9*). A continuación aparece el Gerente que, en el ejercicio de sus funciones, «actuará bajo la inmediata supervisión del Director, Consejero Delegado» (*art. 10*).

En la *Sección VI*, dedicada al personal técnico-médico, se nos describen las categorías funcionales: Profesor Jefe de Departamento; Médico Jefe de Servicio y Médico Jefe de Sección, al tiempo que se asigna a cada uno de estos puestos el contenido funcional y la posición orgánica que les corresponde dentro de la estructura organizativa jerarquizada. Por buscar una categoría intermedia, nos podemos referir al Jefe de Servicio que —según su posición orgánica reglamentaria—

depende inmediatamente del Jefe del Departamento y le están inmediatamente subordinados los puestos de Médico Jefe de Sección, Médico Residente, Médico Interno, personal sanitario auxiliar y todos los demás puestos que queden adscritos a su servicio. En el contenido funcional de este puesto se le reconoce, entre otras funciones, las de organizar y dirigir el servicio, pero las mismas encuentran la limitación de tener que ejercerse «dentro de las normas reglamentarias del centro y de las orientaciones emanadas del Profesor Jefe de Departamento y Dirección del Hospital». En este sentido, el problema será, en cada caso, determinar hasta dónde pueden llegar las mencionadas «orientaciones».

La *Orden del Ministerio de la Gobernación de 12 de febrero de 1959*, aprobó el *Reglamento del Hospital del Niño Jesús*, centro que en la actualidad pertenece a la Comunidad de Madrid. De una lectura de ese Reglamento se deduce una clara jerarquización dentro de los profesionales médicos, distinguiendo las siguientes clases: numerarios, auxiliares, ayudantes y becarios.

A los médicos numerarios, que tienen categoría de Jefe de Servicio, se les atribuye «la dirección de su servicio», de cuyo funcionamiento eficaz responden ante la superioridad.

Los médicos auxiliares, situados en el siguiente escalón jerárquico inferior, «estarán —según el Reglamento— a las órdenes directas de los Jefes de Servicios, cuyas órdenes cumplirán y harán cumplir a sus subordinados». ¿Esas órdenes pueden afectar a las decisiones técnicas relativas al diagnóstico y tratamiento de los pacientes? Parece que no debe ser así. En todo caso, la obediencia de órdenes de esa naturaleza, como regla general y salvo supuestos excepcionales, implica que la responsabilidad por los resultados de la correspondiente actuación deberá asumirla el que impartió la orden y no el que la ejecuta.

Una *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1989* condenó a diversos profesionales médicos, y entre ellos al Jefe del Servicio de Hematología, como consecuencia de transfusiones de unidades de sangre portadoras de SIDA que se efectuaron en un centro hospitalario. Sin embargo, eximió de responsabilidad penal a un médico adjunto del Banco de Sangre del hospital, pese a que por su preparación técnica gozaba de la plena confianza de su superior jerárquico, al que acompañaba y sustituía en múltiples reuniones relacionadas con el servicio, hasta el punto de que —según relata la sentencia— en ocasiones representaba formalmente al Banco de Sangre. La exención de responsabilidad se justifica en la resolución judicial en que «era únicamente adjunto del Banco de Sangre», cuya jefatura ostentaba otro médico, «razón por la que debe concluirse que, con independencia de la autoridad moral de que el mismo gozase, carecía de capacidad decisoria como para incidir en los hechos, razones éstas que llevan a no estimar

acreditada su autoría, e imponen su absolución respecto a los delitos...». En este punto concreto *la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 1991* ha confirmado la exención de responsabilidad penal del médico adjunto. En suma, es quien ostenta la capacidad de decisión, en cada caso, el que responde, dentro de la línea jerárquica, por los resultados que se produzcan como consecuencia de la actuación de un conjunto o equipo de profesionales sanitarios.

Expuesto lo anterior, conviene ahora precisar que si del principio de jerarquía, en cuanto manifestación de la autoridad, se derivan una serie de obligaciones que inciden en la actividad del inferior, cuando esto afecta a determinados profesionales, como los médicos, la jerarquía tiene unas *limitaciones* en lo que concierne a la esencia del ejercicio de la profesión. Así se desprende de los Estatutos del Personal al servicio de la Seguridad Social, en los que podemos observar una clara diferenciación entre el que regula la relación del personal médico y los que lo hacen de otro personal sanitario de las mismas instituciones.

El *Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre*, aprobó el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social. En su *artículo 3*, se refiere a la «dependencia», y sienta la siguiente regla general:

«Los médicos que prestan sus servicios a la Seguridad Social estarán sometidos al cumplimiento de las normas establecidas en el presente Estatuto Jurídico, a las disposiciones generales de ordenación de la asistencia sanitaria y a las que dicte el Ministerio de Trabajo, oída, en lo que a este texto se refiere, la Comisión Especial de Asistencia Sanitaria de la Seguridad Social.»

Ahora bien, el sometimiento a estas normas o disposiciones escritas y, por supuesto, a las que puedan emanar de los superiores, situados dentro de la línea jerárquica a la que pertenecen los médicos, tiene una limitación importante. El médico, desde el punto de vista funcional, está obligado al respeto de las normas y disposiciones escritas y emanadas de las autoridades de la organización sanitaria a la que pertenecen, pero siempre bajo el principio de *libre ejercicio de la profesión*. No ocurre lo mismo con otras profesiones sanitarias, según se desprende de los propios Estatutos que regulan su régimen funcional.

La *Orden de 26 de abril de 1973* aprobó el Estatuto del Personal Auxiliar Sanitario Titulado y Auxiliar de Clínica. En su *artículo 59* —por seguir con la misma línea del ejemplo anterior— se describen las funciones a desarrollar por las Enfermeras y Ayudantes Técnico-Sanitarios en las Instituciones cerradas de la Seguridad Social, y, entre otras, está la siguiente:

«Ejercer las funciones de auxiliar del médico, cumplimentando las instrucciones que por escrito o verbalmente reciban de aquél.»

La posición auxiliar de la enfermera con respecto al médico hace posible que éste le imparta instrucciones concretas para ejercer las funciones propias de su profesión, lo que no ocurre entre los médicos, aunque unos estén situados jerárquicamente en puestos inferiores con respecto a otros. Otro tanto ocurre con respecto a las funciones de los auxiliares de clínica, a las que les corresponde ejercer, en general, los servicios complementarios de la asistencia sanitaria en aquellos aspectos que no sean de la competencia del personal auxiliar sanitario titulado. «A tales efectos —dice el *artículo 74*— se atenderán a las instrucciones que reciban del citado personal que tenga atribuida la responsabilidad en la esfera de su competencia del departamento o servicio donde actúen las interesadas y, en todo caso, dependerán de la Jefatura de Enfermería y de la Dirección del Centro». En este caso, por tanto, las instrucciones, escritas o verbales, pueden provenir no sólo ya de los médicos sino también de otros profesionales sanitarios, que se consideran de rango superior a los auxiliares de clínica.

En el caso de la atención hospitalaria, se trata, en fin, de una organización en cuyo interior los vínculos interpersonales son mucho más intensos, frente a los propios de la estructura de atención primaria. No se olvide que, y esto lo ha puesto de relieve de modo constante la Sociología, el hospital es un mundo aparte; y, por ello, en su interior anida y se va configurando una realidad propia y distinta, en la que los datos y exigencias de la realidad exterior se refractan cuando atraviesan los muros de la institución. Este hecho es de particular trascendencia para entender la dinámica de unas relaciones personales trabadas en torno al servicio que se presta. El Derecho, las normas a que se acaba de hacer referencia, sólo son, en multitud de casos, un punto de partida para la construcción de esa realidad diferente, en la que la coherencia es fruto de la condensación de factores complejos, que se instalan más allá de la norma; y, por supuesto, la jerarquía no es simple fruto de la posición estática que cada uno ocupa, sino también de la legitimación que da el propio ejercicio. Eso sí, las posiciones de superioridad se afianzan o se pierden en el cosmos de las actividades cotidianas; es en ellas donde arraigan legitimaciones carismáticas, tan propias de estas profesiones y tan ajenas al modo de entender la realidad organizativa desde los tratados sobre Administración Pública y desde la propia normativa que la rige. Es decir, desde la autoridad exterior a ese mundo lleno de sutilezas y matices en cuyo interior se hacen o se deshacen las profesiones sanitarias. A esa autoridad exterior, en su contraste con la organización de los equipos de atención, nos hemos de referir a continuación.

#### IV. ESTRUCTURA DE ATENCION Y ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA

La forma de estas organizaciones reposa sobre una particular significación de la *estructura básica*, compuesta por los profesionales, y la estructura administrativa, configurada como apoyo a la anterior. La estructura propiamente administrativa tiene un carácter instrumental, al servicio de la básica, es decir, del núcleo de los profesionales; es este núcleo el que asume la dinámica de las actividades de la organización. Ha de tenerse en cuenta, desde luego, la existencia de un nivel directivo cuya composición —profesional o administrativa— estará en constante discusión; pero, a partir de ahí, el predominio del núcleo profesional ha de ser claro. Precisamente por ello, la estructura administrativa reacciona en aquellos aspectos o puntos críticos en los que la actuación de los profesionales puede comprometer los parámetros generales de la organización administrativa. Es, en este sentido, característica la presión que la estructura administrativa realiza desde el punto de vista de las exigencias presupuestarias. Es bien conocido el fenómeno del extravasamiento creciente de las instituciones de asistencia sanitaria en relación con las previsiones de gasto público. Tanto el Derecho positivo como las Circulares que tienden a ejecutarlo, y desde luego la jurisprudencia, están ahora expresando con claridad esta tensión entre la estructura administrativa y la de los profesionales. Es que, entre una y otra, hay diferencias de concepción y ordenación que hacen posibles la existencia de puntos críticos o de tensión.

La línea administrativa o de gestión encuentra, por otra parte, limitadas sus típicas funciones. Así, la planificación del trabajo de los profesionales, en la que difícilmente puede entrar. Lo mismo ocurre con la facultad de supervisión o control de los profesionales, que sólo pueden desenvolverse en aspectos formales o periféricos de dicha actuación. La coordinación, si está a cargo de la línea administrativa, es puramente externa o formal, ya que la coordinación real se basa, de modo predominante, en mecanismos propios del grupo profesional. En último término, las facultades de dirección de la línea administrativa son limitadas porque las pautas de conducta del grupo profesional están diseñadas, en lo esencial, fuera de la estructura que las adopta, sin que tampoco cuente con la legitimación o el poder real bastante para imponerlas: es la propia profesión y el saber técnico los que dictan esas reglas de conducta.

Por otra parte, el núcleo de operaciones es una típica burocracia profesional. Así, cuenta con la libertad de no tener que responder de órdenes directivas concernientes al propio saber que aplica, ya que solamente se le exige que aplique rectamente ese propio saber. De otro

lado, el control del trabajo es realmente propio, en el sentido de que cada profesional goza de una cierta independencia respecto del trabajo de los demás, en la medida en que se relaciona directamente con la clientela. Esto se matiza, como se ha visto, al insertarse el profesional en pequeños grupos o equipos, cuyo significado modula cuanto se acaba de señalar.

La diferenciación entre grupo profesional y línea administrativa se observa también en lo que se refiere a los objetivos que cada uno se propone. Cada grupo tiene un objetivo predominantemente propio y distinto. El nivel administrativo se afana en el mantenimiento del servicio al menor costo posible, así como la mejor instrumentación del mismo. El mismo profesional tiene por objetivo la atención al usuario, y hasta cierto punto la investigación. Esta es la base desde la que se produce una cierta dinámica de tensión entre ambos grupos yuxtapuestos, cada uno de los cuales tiene sus mentalidades y liderazgos distintos. Los conflictos se generan en ese área de coincidencia entre uno y otros grupos. Pero son también una consecuencia del poder que tiene el estamento burocrático, incrustado en la organización administrativa general, cosa que no ocurre con el grupo estrictamente profesional. De ahí que la línea administrativa se proyecte sobre el grupo profesional de maneras variadas. Así, por ejemplo, mediante rupturas de las reglas de ordenación del grupo basadas en el prestigio profesional y el carisma, con la imposición de jefaturas derivadas de la confianza burocrática. Se valora también, desde fuera, los objetivos y las conductas de los miembros del grupo profesional; y, en último término, se le imponen una serie de actuaciones «formales e instrumentales» para el mejor desarrollo de controles internos y externos, que nada tienen que ver con el desarrollo del servicio.

En el grupo propiamente profesional, su ámbito es la ordenación del servicio, la disposición de los medios que se le otorgan, así como la relación con los usuarios a efecto de dispensarles la prestación del servicio. Suya es también, desde luego, la responsabilidad por el funcionamiento real de los servicios de asistencia. Por el contrario, el nivel propiamente administrativo tiene como objetivo fundamental el mantenimiento del servicio al más bajo costo posible y la mejor instrumentación de los medios con que el mismo cuenta. La conclusión que se extrae de un análisis elemental es la de que cada grupo ocupacional tiene un objetivo predominante propio. De ahí las situaciones de contraposición. Pero no debe quedar al margen, y el examen de la problemática suscitada a continuación lo demuestra, el poder del estamento burocrático y sus posibilidades de valoración, de cara a los equipos de gobierno, de los objetivos asumidos por el estamento profesional. En suma, cada grupo genera dos ámbitos yuxtapuestos de poder y un área «gris» de coincidencias o discoincidencias.

Es que, ya en el propio fundamento, las diferencias entre uno y otros grupos son claras. La línea administrativa se apoya en la típica concepción jerárquica: el *poder* se desprende de la *posición* que cada uno ocupa en el gradiente de situaciones personales. La jerarquía se ha construido de un modo rigurosamente objetivado, de suerte que todos son sustituíbles desde el punto de vista de la facultad de mandar. En el grupo profesional, la autoridad se tiene o no se tiene como consecuencia del ejercicio personal de la profesión; estamos ante el *poder del experto*, y es ese poder el que le genera, de hecho, situaciones de supremacía o de respeto por parte de los demás. Es, en fin, el quehacer de cada uno el que implica la posesión, a la corta o a la larga, de una superioridad sobre otros, de cara al desarrollo del servicio, como de unas profesiones sobre otras, generando una jerarquía interna encabezada por el médico; las demás profesiones, en cierto modo, le son instrumentales. De esta consideración deriva el dato de que, en el grupo profesional, la legitimidad del que manda tiene un contenido *carismático*, o es de suyo que lo tenga. En el orden administrativo tiende a afirmarse una posición de mando de tipo racional-legal; el que manda expresa, refleja y hace suyo el mandato de la norma, y la relación de superioridad está diseñada por la propia norma. En el grupo profesional, en cambio, el que manda construye su propio mandato a partir de su saber personal y su experiencia. Se tiende aquí, pues, a una autorregulación de la disciplina de cada grupo o equipo operativo. Pero obsérvese la debilidad de esta autorregulación en lo que concierne a una posibilidad de imposición de la autoridad frente a sus subordinados, desde el punto de vista de la aplicación de los saberes técnicos. De ahí que exista una amplia posibilidad de introducción del poder estrictamente burocrático frente a las disensiones en el interior del grupo.

De entre los problemas que suscitan las relaciones entre ambos estratos hay que detenerse en el que tiene mayor trascendencia desde el punto de vista de la jerarquía: los métodos de designación de las personas que han de asumir la dirección o responsabilidad de unidades de atención. Como hemos de ver, el sistema de designaciones evoluciona de tal modo que al final, en la actualidad, el grupo burocrático logra un predominio; y con ese predominio lleva al interior del grupo profesional un criterio de jerarquización extraño al que le es propio: es la confianza del estrato burocrático y no la confianza suscitada en el desenvolvimiento de la profesión la que fundamenta el acceso a las funciones de dirección de unidades de atención. La evolución es como sigue.

## V. LA SELECCION DE PERSONAL Y LA PROVISION DE PLAZAS EN LAS INSTITUCIONES SANITARIAS

El conjunto de puestos de trabajo que integra la organización sanitaria y, más en concreto, cada uno de sus centros, servicios y establecimientos hospitalarios o asistenciales, configuran el sistema de líneas jerárquicas, al que antes se ha hecho referencia, para llegar al punto más álgido en cada establecimiento constituido por la Dirección.

Refiriéndonos a las instituciones sanitarias que gestiona el Instituto Nacional de la Salud, hay que destacar que el personal estatutario al servicio de las mismas se rige por unas normas o estatutos en los que, entre otros aspectos, se regulan los procedimientos de selección y de provisión de plazas. Procedimientos que han ido variando con el tiempo pero que, en todo caso, pretenden imponer criterios de objetividad e imparcialidad en la selección del personal que va a prestar servicios en el ámbito sanitario. Es curioso destacar cómo ha sido, esencialmente, en la selección del personal directivo de estos centros o instituciones hospitalarias en donde se ha producido una mayor variedad en el tiempo.

La *Ley de Hospitales, de 21 de julio de 1962*, en su artículo 10, ya estableció una serie de prescripciones con respecto al personal directivo de los centros hospitalarios. En dicho precepto se indicaba lo siguiente:

«En cada hospital existirá un Director médico designado entre los de la plantilla; sin embargo, en los hospitales generales de categoría provincial o superior con más de doscientas camas y en aquellos otros que la Comisión Central de Coordinación Hospitalaria lo determine, se nombrará un Gerente capacitado conforme a lo previsto en la letra g) del artículo 7. Ello sin perjuicio de las modalidades aconsejables para hospitales que permitan fórmulas más simples de dirección o que la Comisión considere a propuesta de la Institución hospitalaria interesada. Cuando los Gerentes sean médicos no podrán ejercer función asistencial de carácter permanente en los establecimientos a su cargo.

El Gobierno, previo informe de la Comisión Central de Coordinación Hospitalaria, establecerá las circunstancias en las que el personal de plantilla de los hospitales deberá considerarse incompatible con otros puestos de servicio hospitalario.

En los hospitales con más de doscientas camas y en aquellos otros que determine la Comisión Central de Coordinación Hospitalaria podrán existir, para sus propias necesidades, servicios de farmacia en la forma y condiciones que se señale por el Ministerio de Gobernación.»

La Ley 4/1990, de 29 de junio, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para 1990, en su artículo 34 estableció determinadas modificaciones del régimen del personal funcionario en activo y, en concreto, en su apartado 4 señalaba lo siguiente:

«El personal de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social se ajustará al siguiente régimen:

1. Las plazas vacantes de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social se proveerán de acuerdo con los siguientes procedimientos:

a) *El concurso de traslados:*

En las convocatorias de los concursos, que constituyen el sistema ordinario de provisión, deberá tenerse en cuenta como mérito, principalmente, el tiempo de servicios prestados en las Administraciones y Servicios Públicos desempeñando puestos de trabajo de igual contenido funcional que la plaza objeto del concurso.

b) *La libre designación:*

Se cubrirán por este sistema los puestos que tengan carácter directivo, conforme a lo previsto en las plantillas de las Instituciones Sanitarias. En las convocatorias para la provisión de puestos de carácter directivo podrá participar el personal estatutario de la Seguridad Social y el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación de la Ley 30/1984 y en las Leyes de Función Pública de las Comunidades Autónomas, siempre que se reúnan los requisitos exigibles en cada caso.

En caso de que sean nombrados funcionarios públicos para tales puestos, se mantendrán en la situación de servicio activo en sus Cuerpos de origen, sin perjuicio de que les sea de aplicación, mientras los desempeñen, las normas sobre el personal de las Instituciones Sanitarias.

También se cubrirán por el sistema de libre designación los puestos de trabajo de Jefes de Unidad, tanto sanitaria como no sanitaria, que lo tengan así establecido en las correspondientes plantillas. Sólo podrá participar en estas convocatorias el personal que se encuentre prestando servicio en Instituciones Sanitarias radicadas en la correspondiente provincia o área de salud.

c) *Las pruebas selectivas de acceso:*

Se cubrirán por este sistema las plazas que, por sus características, se consideren idóneas como primer destino del personal que supere las pruebas selectivas, así como las que sigan vacantes tras la resolución de los concursos.

Las pruebas selectivas ...

2. Las convocatorias de pruebas selectivas y de concursos de traslados, así como las efectuadas para proveer puestos de trabajo de carácter directivo por libre designación deberán hacerse públicas en los «Boletines» o «Diarios Oficiales» correspondientes.

Las convocatorias para la provisión de Jefaturas de Unidad, por el sistema de libre designación, se harán públicas en los tablones de anuncios de las Instituciones Sanitarias de la provincia o área de salud correspondiente.

3. La situación especial en activo, regulada en el artículo 48 del *Estatuto de Personal Sanitario no Facultativo*, será aplicable, en los mismos casos y con idénticos efectos, al personal no sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.

4. El Gobierno desarrollará por Real Decreto las normas contenidas en el presente artículo. Desde la entrada en vigor de dicha norma reglamentaria quedarán derogados los preceptos relativos a los procedimientos de selección y provisión de plazas en las instituciones sanitarias contenidos en la Ley General de la Seguridad Social y en los Estatutos de Personal de sus Instituciones Sanitarias.»

En este precepto que hemos transcrito literalmente se encuentra resumida la forma de selección y provisión de plazas de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social. Hay que resaltar que se utiliza el sistema de libre designación para puestos de carácter directivo o de Jefes de Unidad. Esta Ley permitió, por primera vez, que a los puestos directivos pudiera acudir no sólo personal estatutario de la Seguridad Social sino también personal propiamente funcionario, es decir, aquel que se rige directamente por la Ley 30/1984 o las de Función Pública de las Comunidades Autónomas.

La Ley 31/1991, de 30 de diciembre, que aprueba los Presupuestos del Estado para 1992, ha establecido una notable modificación en el régimen jurídico que afecta a los órganos directivos de los centros sanitarios dependientes del Instituto Nacional de la Salud. En su *disposición final séptima* se dispone lo que sigue:

«El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministerios de Economía y Hacienda, para las Administraciones Públicas y Sanidad y Consumo, podrá modificar las previsiones contenidas en los artículos 10 y concordantes de la Ley 37/1962, de 21 de julio, de Hospitales, sobre organización de los Centros, servicios y establecimientos sanitarios gestionados por el INSALUD. La provisión de los órganos de dirección de dichos centros, servicios y establecimientos se efectuará conforme al régimen laboral espe-

cial de alta dirección, quedando derogado a estos efectos el artículo 34.4 de la Ley 4/1990, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para 1990.»

El legislador ha querido habilitar expresamente a la Administración para que, por vía reglamentaria, pueda modificar el sistema previsto en el *artículo 10 de la Ley de Hospitales*, y de esta forma no incurrir, como en ocasiones anteriores, en una situación de ilegalidad, al no respetar el contenido del mencionado artículo, como se ha visto en la sentencia a la que se hace referencia en este trabajo. De otro lado, es importante también el otro aspecto regulado en este precepto, al establecer, como forma de provisión de los órganos de dirección de esos centros, servicios y establecimientos sanitarios, el régimen laboral especial de alta dirección, con todas las implicaciones que ello lleva consigo. Entre ellas, por supuesto, la posibilidad de que accedan a dichos puestos directivos personas que no tenían ninguna vinculación previa de naturaleza estatutaria con la Administración contratante.

A partir de esa Ley el vínculo entre el órgano supremo del establecimiento sanitario de que se trate y la Administración se configura como una relación laboral de carácter especial. En concreto, la que contempla y define el *artículo 2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores*. La del personal de alta dirección, no incluido en el artículo 1.3.c), regulada por *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto*. Según su *artículo 1.2*, «se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativa a los objetivos generales de la misma con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad».

La jurisprudencia ha contribuido a clarificar esta formulación reglamentaria tan comúnmente observada, atendiendo —con independencia del *nomen iuris* utilizado por los contratantes— a los poderes otorgados y que se ejercitan.

En suma y como conclusión relativa a este apartado, puede decirse que la evolución tiende a irse separando, paso a paso, del sentido que la autoridad ha venido teniendo, y lo sigue teniendo en el interior de los círculos profesionales integrados en la Administración Pública, y dedicados a la atención de la Salud. Las preocupaciones crecientes sobre la racionalización del gasto público, y hasta de la estructura de la organización sanitaria, vienen incidiendo con intensidad sobre los modos de entender la relación jerárquica en este ámbito profesional. Hasta aquí, la presión de la estructura propiamente administrativa hacia el interior de los grupos profesionales tiene un sentido, aunque tam-

bién tiene que tener unos límites. Pero es que, además, aquí también se viene haciendo presente la confianza como fundamento del acceso a los cargos de dirección; el riesgo que se agranda si se tiene en cuenta los objetivos a que ha de atender a diario la organización sanitaria, es que, frente a una estructura basada en la confianza del inferior en aquél que manda, se acabe disponiendo de una organización en la que el que manda tiene la confianza de una autoridad externa al propio grupo profesional; es decir, la confianza política frente a la que suscita un mejor saber y un mejor aplicar la ciencia y el arte que todos comparten.

## BIBLIOGRAFIA

- ALOISI y otros: *Medicina y Sociedad*, Editorial Fontanella, S. A., Barcelona, 1972.
- ATAZ LÓPEZ, Joaquín: *Los médicos y la responsabilidad civil*, Editorial Montecorvo, S. A., Madrid, 1985.
- A. DE VALLES, *Teoría Guiridica della Organizzazione dello Stato*, t. I., CEDAM, Padua, 1931.
- BARREIRO, Agustín Jorge: *La imprudencia punible en la actividad médico-quirúrgica*, Editorial Tecnos, S. A., 1990.
- BERTOLINO, R.: *L'Obiezione di coscienza negli ordinamenti juridice contemporanei*, Turín, 1967, en que hace una exposición.
- BETTIOL, Giuseppe: *Diritto Penale*, Palermo, 1950 (2.ª ed.).
- COE, Rodney M.: *Sociología de la Medicina*, Alianza Editorial, 1973.
- FERNÁNDEZ COSTALES, Javier: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987.
- GALATERIA, Luigi: *Teorie Giuridica degli Ordini Administrativi*, Milán, 1950.
- HATZFELD, Henri: *La crisis de la Medicina Liberal*, Ediciones Ariel, Barcelona, 1965.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis: *Tratado de Derecho Penal*, t. VI, Buenos Aires, 1962.
- JORES, Arthur: *La Medicina en la crisis de nuestro tiempo*, Siglo Veintiuno Editores, S. A., 1967.
- MARAÑÓN, Gregorio: *La Medicina y los médicos*, Editorial Espasa-Calpe, Madrid, 1962.
- MARSHALL, T. H.: *Class, Citizenship and Social Development*, Nueva York: Doubleday, 1964.
- MARTÍN-MORENO, Jaime, y DE MIGUEL, Amando: *Sociología de las profesiones en España*, Centro de Investigaciones Sociológicas, Madrid, 1982.
- MARTÍNEZ BLANCO, Antonio: «La objeción de conciencia en la legislación y la jurisprudencia española», en el libro *La objeción de conciencia en el derecho español e italiano*. Jornadas celebradas en Murcia los días 12 a 14 de abril de 1989. Universidad de Murcia.
- MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, José Manuel: *La responsabilidad penal del médico y del sanitario*, Editorial Colex, 1990.

- MÉNDEZ, Aparicio: *La Jerarquía*, Montevideo, 1973; *Sistemas Orgánicos*, Editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1973, núm. 36.
- MINTZBERG, Henry: *La estructura de las Organizaciones*, Editorial Ariel, S. A., Barcelona, 1988.
- MIR PUIG, Santiago: *Avances de la Medicina y Derecho Penal*, Publicaciones del Instituto de Criminología de Barcelona, 1988.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
- PACHECO, Joaquín Francisco: *El Código Penal. Concordado, comentado*, 5.ª ed., Madrid, 1881.
- RECALDE, José Ramón: «El desobediente y las dos conciencias», *El País*, sábado 21 de marzo de 1992.
- ROMEO CASABONA, Carlos María: *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1987.
- SANTORO, Arturo: *L'ordine del superiore nel Diritto Penale*, Turín, 1957.
- WEBER, Max: *Economía y Sociedad*, México-Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1964.